



قَائِلَةٌ

الْعَامَّةُ مُحْكَمَاتُهَا

دَرَسَةُ نَظَرِيَّةِ نَاصِيَلِيَّةِ تَطْبِيقِيَّةِ

لِلدَّكْتُورِ

يَعْقُوبَ بْنِ عَبْدِ الْوَهَّابِ الْبَاحْسِيِّ

مَكْتَبَةُ الْإِسْلَامِ
الْمَدِينَةُ الْمَكِّيَّةُ

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

قَائِلَةٌ
الْعَاذَةِ مُحْكَمَةً



رَفَعُ

عبد الرحمن النخعي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

قَائِلَةُ الْعَاذَةِ الْحَكِيمَةِ دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية

للدكتور
يعقوب بن عبد الوهاب الباسين

مكتبة الرشد
الرياض

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الثانية

١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م



مكتبة الرشيد - ناشرون
المملكة العربية السعودية - الرياض
الإدارة: مركز البستان - طريق الملك فهد هاتف ٤٦٠٤٨١٨
ص.ب. ١٧٥٢٢ الرياض ١١٤٩٤ - فاكس ٤٦٠٢٤٩٧

E-mail: info@rushd.com.sa
Website: www.rushd.com.sa

فروع المكتبة داخل المملكة

- الرياض: المركز الرئيسي: الدائري الغربي، بين مخرجي ٢٧ و ٢٨ هاتف ٤٣٢٩٣٣٢
- الرياض: فرع طريق عثمان بن عفان، هاتف ٢٦٩٠٤٤٤ ٢٠٥١٥٠٠
- فرع مكة المكرمة: شارع الطائف هاتف: ٥٥٨٥٤٠١ فاكس: ٥٥٨٣٥٠٦
- فرع المدينة المنورة: شارع أبي ذر الغفاري هاتف: ٨٣٤٠٦٠٠ فاكس ٨٣٨٣٤٢٧
- فرع جدة: مقابل ميدان الطائفة هاتف: ٦٧٧٦٣٣١ فاكس ٦٧٧٦٣٥٤
- فرع القصيم: بريدة - طريق المدينة هاتف ٣٢٤٢٢١٤ فاكس ٣٢٤١٣٥٨
- فرع أبها: شارع الملك فيصل: هاتف ٢٣١٧٣٠٧ فاكس ٢٢٤٢٤٠٢
- فرع الدمام: شارع الخزان هاتف: ٨١٥٠٥٦٦ فاكس ٨٤١٨٤٧٣
- فرع حائل هاتف ٥٣٢٢٢٤٦ فاكس ٥٦٦٢٢٤٦
- فرع الأحساء: هاتف ٥٨١٣٠٢٨ فاكس ٥٨١٣١١٥
- فرع تبوك هاتف ٤٢٤١٦٤٠ فاكس ٤٢٣٨٩٢٧
- فرع القاهرة: شارع ابراهيم أبو النجا - مدينة نصر: هاتف: ٢٢٧٢٨٩١١ - فاكس: ٢٢٧١٢٦٢٥

مكاتبنا بالخارج

- القاهرة: مدينة نصر هاتف ٢٧٤٤٦٠٥ - موبايل: ٠١١٦٢٨٦١٧٠
- بيروت: بئر حسن موبايل: ٠٣/٥٥٤٣٥٣ - تلفاكس: ٠٥/٤٦٢٨٩٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله الذي يسر على عباده كل عسير، وفتح أمامهم أبواب المنافع والمصالح على مرّ الدهور، والصلاة والسلام على نبينا محمد الهادي البشير.

وبعد:

فهذا بحث آخر أقدمه في مجال القواعد الفقهية. وقد سبق لي أن قدّمت في هذا المجال أكثر من كتاب، حاولت فيها أن أقدم ما درّست من القواعد، وفق منهج خاص يعتمد تأصيل القاعدة ببيان أركانها، وشروطها، وشروط تطبيقها، والضوابط التي تحدد معانيها، وتساعد على معرفة ما يدخل في جزئيات الأحكام. ويختلف شأن قاعدة (العادة محكمة) التي أتقدم بهذه الدراسة عنها، عن غيرها من القواعد، بكثرة الدراسات التي تناولتها في مجالي الفقه والقانون. ففي القانون لا نكاد نجد كتاباً في أصول القانون يخلو من الكلام عن العرف. وفي مجال الفقه والأصول كثرت المؤلفات عن هذه القاعدة، ولا سيما في أبحاث المعاصرين. ففي أصول الفقه تحدّث كثير من ألف في أصول الفقه من المعاصرين عمّا يسمى بالأدلة المختلف فيها، أو الأدلة التبعية، أو الثانوية، التي كانت الأعراف والعادات واحداً منها.

ولم يُفرد الكلام عن الأعراف والعادات، قبل القرن العشرين الميلادي، والرابع عشر الهجري، باستثناء بعض الرسائل الصغيرة التي كتبها الشيخ محمد أمين عابدين الحنفي المتوفى سنة (١٣٥٢هـ). والتي منها رسالة (عقود رسم المفتي)، ورسالة (نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف) أما في القرن العشرين الميلادي فألفت كتب كثيرة أقدمها دراستان، هما:

١- العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة. وهي أقدم دراسة معاصرة، مما اطلعت عليه، وهي رسالة حصل بها كاتبها على شهادة العالمية من درجة

أستاذ في الشريعة من الجامع الأزهر سنة (١٩٤١م) وقد طبعت سنة (١٩٤٥م).

٢- العرف في الفقه الإسلامي للشيخ عمر عبدالله. وهو بحث منشور في مجلة كلية الحقوق لكلية حقوق الاسكندرية سنة (١٩٥٣م).

ولم أجد قبل العقد السابع من القرن المذكور كتابات في العرف والعادة. وفي العقد المذكور ألفت عن القاعدة المذكورة كتب عدة منها ما هي رسائل دكتوراه، ومنها ما هي رسائل ماجستير، ومنها ما هي كتب لم تكن للغرضين السابقين. ولم ينشر في العقد المذكور وما بعده، فيما تيسر لي الاطلاع عليه غير كتابين، هما:

١- أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور السيد صالح عوض، وهو رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون في الأزهر، انتهى من كتابتها سنة (١٩٦٩م)، لكنه لم ينشرها قبل سنة (١٩٧٩م، ١٣٩٩هـ).

٢- نظرية العرف للدكتور عبدالعزيز الخياط، وهو كتاب نشره مؤلفه في الأردن سنة (١٩٧٧م، ١٣٩٧هـ).

وبعد ذلك ظهرت كتب متعددة، ونشرت أبحاث متنوعة في هذا الشأن^(١). وكان الكثير منها يهتم بالتطبيقات والاستدلالات للآراء المختلفة، مع ترديد كثير منها لما في كتب القواعد الفقهية، وتخصيص بعضها لدراسة العمل بالعرف والعادة في نطاق مذهب معين.

وكنا درسنا هذه القاعدة في رسالتنا (رفع الحرج في الشريعة الإسلامية) التي نوقشت سنة (١٩٧٢م). وقد جعلنا هذه الدراسة نواة بنينا عليها هذا البحث لكننا درسناها في هذا البحث بمنهج جديد، وبتوسع كثير، وبتأصيل لم أجده فيما اطلعت عليه من أبحاث.

(١) وبما نشر من هذه الأبحاث:

- ١- العرف وأثره في التشريع الإسلامي لمصطفى عبدالرحيم أبرعجيلة.
- ٢- العرف والعمل في المذهب المالكي للدكتور عمر عبدالكريم الجبدي.
- ٣- نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي لعبد السلام العسوي.
- ٤- العرف وأثره في الشريعة والقانون للدكتور أحمد علي سير المباركي.
- ٥- العرف حجبيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة لعادل عبدالقادر بن محمد ولي قوته.
- ٦- تفتير الأحكام في الشريعة الإسلامية لإسماعيل كوكسال.
- ٧- العرف وأثره في الأحكام للشيخ محمد جميل عبدالرحمن علي.
- ٨- فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام لأبي الوليد الباجي - دراسة وتحقيق البانديل بن علي.
- ٩- العرف والعادة بين الشريعة والقانون للدكتور حسين محمود حسين - دار القلم دبي.
- ١٠- القضاء والعرف في الإسلام للدكتور سمير عالية/ ١٤٠٦ هـ/ ١٩٨٦ م - دراسة مقارنة.
- ١١- تفتير الأحكام الفقهية بتغير الزمان والمكان - معايير وضوابط - رسالة ماجستير لم تنشر/ الجامعة الإسلامية بباليزيا/ ١٩٩٨ م.

وقد جعلته بعد المقدمة في تمهيد وعشرة مباحث وخاتمة :

التمهيد: في بيان معنى القواعد وعلاقتها ببعض المصطلحات ، مع بيان أهمية القواعد الفقهية بوجه عام ، وقاعدة العادة محكمة بوجه خاص.

المبحث الأول: في معنى قاعدة العادة محكمة وأهميتها. وفيه مطلبان :

• المطلب الأول: في معنى العادة وتقسيماتها وعلاقتها بالمصطلحات المشابهة.

• المطلب الثاني: في معنى العرف وتقسيماته وعلاقته بالمصطلحات المشابهة.

المبحث الثاني: في أركان القاعدة وشروطها. وفيه مطلبان :

• المطلب الأول: أركان القاعدة.

• المطلب الثاني: شروط القاعدة.

المبحث الثالث: أسباب نشوء العادات والأعراف وأسباب تغيرهما وفيه مطلبان :

• المطلب الأول: أسباب نشوء العادات والأعراف.

• المطلب الثاني: أسباب تغير العادات والأعراف.

المبحث الرابع: في ضوابط تكوين العادات. وفيه مطلبان :

• المطلب الأول: ضوابط تكوين العادة عند الفقهاء.

• المطلب الثاني: ضوابط تكوين العادة عند رجال القانون.

المبحث الخامس: ما جرى به العمل في المذهب المالكي وفيه مطلبان :

• المطلب الأول: ما جرى به العمل من الأقوال المشهورة أو الراجحة والقوية.

• المطلب الثاني: ما جرى به العمل من الأقوال الشاذة والضعيفة.

المبحث السادس: في حجية العرف والعادة وفيه مطلبان.

• المطلب الأول: عرض الأدلة ومناقشتها.

• المطلب الثاني: تعقيب ونتائج.

المبحث السابع: في مجال العرف والعادة وفيه تمهيد وثلاثة مطالب :

• التمهيد: في بيان المجالات.

- المطلب الأول: العادات والأعراف التي هي أحكام شرعية.
- المطلب الثاني: العادات والأعراف التي بنيت عليها أحكام شرعية.
- المطلب الثالث: العادات والأعراف التي ليست أحكاماً شرعية ولا منطاً لها.
- ﴿ المبحث الثامن: تعارض العرف والعادة مع غيرهما. وفيه خمسة مطالب:
- المطلب الأول: التعارض بين العرف الاستعمالي والشرع.
- المطلب الثاني: التعارض بين العرف الاستعمالي واللغة.
- المطلب الثالث: التعارض بين العادات والأعراف العامة والعادات والأعراف الخاصة.
- المطلب الرابع: التعارض بين العادات أو الأعراف والأصول والظواهر.
- المطلب الخامس: التعارض بين العادات أو الأعراف والقياس.
- ﴿ المبحث التاسع: دراسة بعض القواعد المتفرعة من القاعدة. وفيه مقدمة وخمسة مطالب.
- المطلب الأول: القواعد المرادفة أو المشخصة لمعنى القاعدة.
- المطلب الثاني: القواعد والضوابط المشخصة لمعنى القاعدة في نطاق خاص.
- المطلب الثالث: القواعد والضوابط المشخصة لبعض شروط القاعدة.
- المطلب الرابع: القواعد والضوابط المشخصة لمجال عمل العرف والعادة.
- المطلب الخامس: القواعد والضوابط المشخصة للعرف والعادة في مجال التفسير.
- ﴿ المبحث العاشر: قاعدة (لا ينكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان)، وهو في مطلبين:
- المطلب الأول: في أهمية القاعدة ومعناها وأسباب التغير.
- المطلب الثاني: في تطبيق أسباب تغيّر الأحكام في الوقائع الجزئية.
- ﴿ الخاتمة: في بيان بعض النتائج والمقترحات.

وإني لأرجو أن أكون بهذا البحث قد حققت فائدة ملموسة لمن أراد الاستفادة من العادات والأعراف في بناء الأحكام عليها، والاحتجاج بها، بمعرفة المجال الذي يتحرك

فيه، والحدود التي ليس له تجاوزها، والمقاييس التي يميّز بها ما يصحّ الاحتجاج به ممّا لا يصحّ.

وقد أعرضت عن الكلام عما لا يتّصل بالعرف والعادة إلا من وجه بعيد، كما تركت الاسترسال في المناقشات الجدلية، والاستدلالات في مجال التطبيقات الجزئية، التي ملأت بطون بعض الكتب، وضخمت حجمها بما لم يكن من ورائه فائدة عملية.

وإني لأرجو الله تعالى أن يثبينا على ما أردنا، وأن يعفو عن زلاتنا وأخطائنا إنّه نعم المولى ونعم النصير.

يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

تمهيد

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : معنى القواعد وعلاقتها ببعض المصطلحات.
المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية بوجه عام وقاعدة
العادة محكمة - بوجه خاص.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

تقديم

قبل الدخول في الحديث عن قاعدة (العادة محكمة) نجد من المناسب لذلك، أن نمهد لهذا الحديث، بالكلام عن أمرين:

الأول: بيان معنى القواعد الفقهية، وعلاقتها ببعض المصطلحات التي تشاركها في المعنى، جزئياً أو كلياً.

الثاني: بيان أهمية القواعد الفقهية وفائدتها، بوجه عام، وأهمية قاعدة (العادة محكمة) بوجه خاص. وقد رأينا أن نجعل بحث ذلك في مطلبين.

المطلب الأول: معنى القواعد، وعلاقتها ببعض المصطلحات

أولاً: معنى القواعد:

القواعد جمع قاعدة، ومادة الكلمة، في اللغة، تفيد الاستقرار والثبوت، وقد قيلت في معناها الاصطلاحي تعريفات كثيرة حظي بعضها بالذيع والانتشار، كتعريفها بأنها (قضية كلية يُعرف منها أحكام جزئياتها)^(١)، ولقي بعضها قبولاً محدوداً، كقول أبي عبدالله المقرئ (ت ٧٥٨هـ)^(٢): هي (كلّ كليّ أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة)^(٣).

وكانت لطائفة من العلماء المتأخرين ملحوظات على كلية القواعد الفقهية^(٤)، وعلى

(١) شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع بحاشية البناني (١، ٢١، ٢٢)، وبحاشية العطار (١/٣١، ٣٢)، وعرفها الجرجاني (ت ٨١٦هـ) بأنها: (قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها). التعريفات (١٤٩). وقد قيلت بهذا المعنى تعاريف كثيرة، ليس بينها إلا اختلاف يسير أو محدود في العبارات.

(٢) هو محمد بن محمد القرشي المقرئ التلمساني، من علماء المالكية في القرن الثامن الهجري. تفرغ للعلم في وقت مبكر. تولى القضاء فترة، ولازم في آخر حياته السلطان (أبو عنان) المريني. توفي في فاس سنة (٧٥٨هـ). من مؤلفاته: عمل من حب لمن طب، والطرف والتحف، والقواعد وغير ذلك. راجع في ترجمته: مقدمة محقق كتاب القواعد للمقرئ.

(٣) قواعد المقرئ (١/٢١٢) بتحقيق د. أحمد بن عبدالله بن حميد.

(٤) ومنهم شهاب الدين الحموي (ت ١٠٩٨هـ)، ولهذا فقد عرف القاعدة الفقهية بأنها: (حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه). انظر: غمز عيون البصائر (١/٥١).

إهمال قيد الفقهية في بعضها^(١).

وقد رجحنا من التعريفات في بحثنا الموسع عن القواعد الفقهية، أن القاعدة هي (قضية كلية)، على ما عرفها صدر الشريعة (ت ٧٤٧هـ)^(٢) في التوضيح^(٣). وأن ما يضاف إليها من القيود، كقولهم: (تعرف منها أحكام جزئياتها) ليس داخلاً في حقيقتها، بل هو يمثل عملية التخريج عليها، وأن ما قيل عن إهمال قيد الفقهية، ليس وجيهاً، لأن السلف كانوا بصدد تعريف القاعدة، بوجه عام، وما دُكر تعريف يصلح لكل القواعد، سواء كانت أصولية أم فقهية، أم كلامية، أم نحوية، أم غيرها. فإذا أريد تخصيصها بعلم ذكر معها ما يقيدها، كأن يقال: القضايا الكلية الأصولية، أو القضايا الكلية الفقهية.

والاعتراض على كلية القاعدة الفقهية، والقول بأنها أكثرية، كان بسبب ما يذكرونه من الفروع المستثناة من القواعد الفقهية، وفي الحق إن مثل ذلك لا يهدم كلية القاعدة، وقد ناقشنا هذه المسألة في كتابنا (القواعد الفقهية - المبادئ - المقومات - المصادر - الدليلية)^(٤). كما أننا ذكرنا في كتابنا (قاعدة اليقين لا يزول بالشك) بشأن ما ذكر من المستثنيات من القاعدة إن مثل ذلك لا يهدم كلية القاعدة، إذ أن أكثر المستثنيات التي أوردوها، لم تكن داخلية في القواعد التي قيل باستثنائها منها، لافتقارها لبعض شروط دخولها فيها، أو شروط تطبيقها^(٥)، أو أنها داخلية في قاعدة أخرى، كما أن وجود

(١) انظر: القواعد الفقهية للدكتور علي الندوي (٤٥).

(٢) هو عبيد الله بن مسعود البخاري المحبوبي الحنفي الملقب بصدر الشريعة الأصغر، من فقهاء الحنفية وأصوليهم، وجدليهم، إلى جانب كونه محدثاً ومفسراً ونحياً ولغوياً وأديباً ومنطقياً. توفي سنة ٧٤٧هـ. من مؤلفاته: التوضيح في حل غوامض التنقيح في أصول الفقه، والوشاح في المعاني والبيان، وشرح الوقاية في الفقه الحنفي، وكتاب تعديل العلوم.

راجع في ترجمته: مفتاح السعادة (٢/ ٥٩، ٦٠)، كشف الظنون (١/ ٤٩٦)، ومعجم المطبوعات (١/ ١١٩٩)، والأعلام (٤/ ١٩٧)، ومعجم المؤلفين (٦/ ١٤٦).

(٣) (٢٠/١) بحاشية التلويح.

(٤) القواعد الفقهية - المبادئ - المقومات - المصادر - الدليلية.. (٤٥ وما بعدها)، و (٢٨٠ وما بعدها).

(٥) قاعدة اليقين لا يزول بالشك (٢٢٨ - ٢٣٦).

مستثنيات قليلة لا يחדش كَلْيَةُ القواعد الاستقرائية^(١).

والمراد من القضية في التعريف، قول يحتمل الصدق والكذب لذاته على ما رجع به بعض العلماء^(٢).

والمراد من الكلية، هنا، القضية المحكوم على جميع أفراد موضوعها^(٣). وقد نبهنا في كتابنا (القواعد الفقهية) إلى أن القضايا الكلية تتناول أحكام الفروع، أيضاً، لأنها ليست مخصوصة بالأفراد، فهي تتناولهم بأوصافهم لا بأشخاصهم، ونظراً إلى أن علماء القواعد الفقهية لا يعدّون ذلك من القواعد، فقد اقترحنا تعريف القواعد الفقهية بمعناها الخاص بأنها قضايا فقهية كلية جزئياتها قضايا كلية^(٤).

ثانياً: معاني بعض المصطلحات ذات الصلة بالقواعد.

وردت على ألسنة العلماء طائفة من المصطلحات ذات العلاقة بالقواعد، كالأصل، والضابط، والمدرّك، والمآخذ، والتقسيم، والكليات، وغيرها^(٥). غير أننا سنكتفي ببيان معاني ما هو أكثر التصاقاً بالقواعد، وهو الضابط والأصل، فيما يأتي:

١ - الضابط: أما الضابط فمادته اللغوية تفيد الحصر والحبس واللزم^(٦)، ومعناه في الاصطلاح قريب الصلة بهذا المعنى، إذ هو قضية كلية تحصر الفروع وتجبسها. والفرق بينه وبين القاعدة، كما قالوا، أن القاعدة تكون الفروع الداخلة تحتها من أبواب مختلفة، كقاعدة (المشقة تجلب التيسير) التي تدخل فيها فروع العبادات، والمعاملات والجنايات وغيرها.

(١) الموافقات (٥٢/٢).

(٢) تهذيب المنطق بشرح الخبيصي وحاشيتي العطار والدسوقي (٢٢٥). ومن اصطلاحات المنطقة أيضاً أنّها قول يصحّ أن يقال لقائله إنه صادق أو كاذب فيه. انظر التعريفات للجرجاني (١٥٤) وتحرير القواعد المنطقية (٨٢) ولزيد من الاطلاع، ولمعرفة وجه أرجحية التعريف المذكور في ضلب الكلام انظر حاشية العطار على شرح الخبيصي للتهذيب (٢٢٥).

(٣) حاشية العطار على شرح جمع الجوامع (٣١/١).

(٤) القواعد الفقهية (٥٤).

(٥) المصدر السابق (٥٨ - ٩٠).

(٦) لسان العرب.

وأما الضابط فإن الفروع الداخلة تحته تكون من باب واحد^(١). كقولهم (كل مكروه في الجماعة يسقط فضيلتها)^(٢)، و(ما أبطل عمده الصلاة اقتضى سهوه السجود، وما لا فلا)^(٣). فإن جزئيات هذين الضابطين داخلة في باب الصلاة، ولا تتعداه إلى غيره.

هذا ما قاله الذين رأوا فرقاً بين القاعدة والضابط، لكنهم في المجال التطبيقي لم يلتزموا بذلك، فكثيراً ما يذكرون الضابط تحت عنوان قاعدة. على أن قصرهم الضابط على ما ذكره لا يُسلم لهم، فقد كانوا يطلقون الضوابط على أركان الشيء وشروطه وأقسامه. وقد أتينا على بيان ذلك والاستدلال له، بوجه موسّع، في بحثنا عن القواعد الفقهية.

٢- الأصل: أما الأصل فالمختار من معانيه اللغوية أنّه ما يتبنّى عليه غيره^(٤) وأما في الاصطلاح فقد ذكروا له معاني متعدّدة، منها:

(أ) الدليل نحو الأصل في هذا الحكم السنّة، والأصل في وجوب الصلاة قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣، ٨٣، ١١٠ والنساء: ٧٧ ويونس: ٨٧ والنور: ٥٦] أي الدليل على ذلك.

(ب) القاعدة المستقرّة، أو الضابط. نحو: الأصل أنّ النصّ مقدم على الظاهر، أي القاعدة في ذلك. ونحو قولهم: إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل إذ القاعدة في ذلك تحريم الميتة، ونحو الأصل في المياه الطهارة، أي القاعدة فيها.

(ج) الراجع نحو الأصل عدم الحذف، أي الراجع، وعند تعارض الحقيقة والمجاز فالحقيقة هي الأصل، أي الراجعة عند السامع.

(١) انظر في هذا الفرق: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١١/١)، والأشباه والنظائر في النحر لجلال الدين السيوطي (٧/١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (١٦٦)، والكلبيات لأبي البقاء الكفوي (٧٢٨)، وكشاف اصطلاحات الفنون (٨٨٦)، وحاشية البنان على شرح جمع الجوامع للمحلّي (٢٩/٢).

(٢) انظر الضابط المذكور في الأشباه والنظائر للسيوطي (٤٦٦).

(٣) المصدر السابق (٤٦٥).

(٤) المعتمد (٩/١)، وانظر كتابنا: أصول الفقه الحد والموضوع والغاية (٣٥).

(د) المستصحح نحو من يَتَقَنَّ الطهارة وشكَّ في زوالها فالأصل الطهارة، أي المستصحح الطهارة.

(هـ) الصورة المقيس عليها، وهي ما تقابل المقيس، أي الفرع في القياس، كقولهم: الخمر أصل النبيذ في الحرمة، أي إنَّ الحرمة في النبيذ متفرعة عن حرمة الخمر، بسبب اشتراكهما في العلة التي هي الإسكار^(١).

(و) الغالب أو الأغلب^(٢).

المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهيّة بوجه عام وقاعدة (العادة محكمة) بوجه خاص

أولاً: أهمية القواعد الفقهيّة بوجه عام:

إنَّ أهميّة القواعد الفقهيّة تتضح من معرفة مزايا وسمات هذه القواعد، وما يمكن أن ينتج من دراستها من الفوائد. ولهذا فإنَّ ما نذكره فيما يأتي من الفوائد، يكشف عن هذا الأمر ويوضحه. فمن تلك الفوائد:

١. أنها ضبطت الأمور المنتشرة المتعددة، ونظمتها في سلك واحد، مما يمكن من إدراك الروابط بين الجزئيات المتفرقة، ويزوّد المطلع عليها بتصور سليم يدرك به الصفات

(١) انظر هذه المعاني، والمصادر التي ذكرتها، في كتابنا (أصول الفقه - الحّد والموضوع والغاية) (٤٠، ٤١). ونشير هنا إلى أنَّ الزركشي في البحر المحيط ذكر أنَّ في عدّ الصور المقيس عليها، معنى زائداً عن المعاني السابقة، نظراً؛ لأنَّ أصل القياس اختلف فيه هل هو محل الحكم؟ أو دليله؟ أو حكمه؟ وأياً ما كان فليس معنى زائداً (٣٦/١). كما أنَّ القرافي نفى أن تكون الصورة المقيس عليها من معاني الأصل الاصطلاحية. نفائس الأصول (٨٧/١).

(٢) المجموع المذهب (٣٠٥/١) وقد ذكر التهانوي (ت ١١٥٨هـ) أن الأصل يطلق على ما يقابل الوصف، وذكر أن جلبي البيضاوي ذكر أنَّ الأصل بمعنى الكثير أيضاً. كشاف اصطلاحات الفنون (١٢٣). لكن يمكن ردّ ما قابل الوصف إلى معنى الراجع، وردّ الكثير إلى معنى الغالب.

وذكر الزركشي في البحر المحيط (٣٦/١) زيادة على ما تقدّم أنَّ الأصل بمعنى التبعّد، كقولهم بإيجاب الطهارة بخروج الخارج النجس على خلاف الأصل، يريدون أنه لا يهتدي إليه بالقياس، وذكر أيضاً من معاني الأصل المخرج، كقول الفرضيين أصل المسألة من كذا. وفي الحق إن هذين المعنيين راجعان إلى ما سبق ذكره من معاني الأصل. بإطلاقه على التبعّد يعود إلى معنى الراجع؛ لأنه مما يحكم العقل برجحانه، وإطلاقه على المخرج يدخل في المعاني اللغوية للأصل.

الجامعة بين هذه الجزئيات. فهي، كما قال ابن رجب (ت ٧٩٥هـ)^(١) تنظم له مشهور المسائل في سلك واحد، وتقيّد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد^(٢).

٢. إنّ الضبط المذكور بالقوانين والقواعد الفقهيّة، يسهّل حفظ الفروع، ويغني العالم بالضوابط، عن حفظ أكثر الجزئيات. قال القرافي (ت ٦٨٤هـ)^(٣): (ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات، لاندراجها في الكليات)^(٤).

٣. إنّ فهم هذه القواعد وحفظها يساعد الفقيه على فهم مناهج الفتوى، ويطلع على حقائق الفقه ومآخذه^(٥)، ويمكنه من تخريج الفروع بطريقة سليمة، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة. قال السيوطي (ت ٩١١هـ)^(٦): (إن فنّ الأشباه والنظائر فنّ عظيم، به يطلع على حقائق الفقه، ومداركه ومآخذه، وأسراره، ويتمهر في فهمه، واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي

(١) هو أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلي الملقب بزين الدين. من علماء الحنابلة البارزين في القرن الثامن الهجري. كان محدثاً وفقياً، وأصولياً، ومؤرخاً. ولد ببغداد وانتحل إلى دمشق مع أبيه، وهو صغير، وفيها نشأ وتعلم. وأجاز له ابن النقيب. وسمع بمصر ومكة. توفي في دمشق سنة ٧٩٥هـ. ودفن بالباب الصغير.

من مؤلفاته: القواعد، وذيل طبقات الحنابلة، وجامع العلوم والحكم، والاستخراج لأحكام الخراج وغيرها.

راجع في ترجمته: الدرر الكامنة (٣/١٠٨)، وشذرات الذهب (٦/٣٣٩)، والأعلام (٣/٢٩٥)، ومعجم المؤلفين (٥/١١٨).

(٢) القواعد (٣).

(٣) انظر ترجمته في (١٩ هامش ٤).

(٤) الفروق (١/٣).

(٥) القواعد لابن رجب (٣).

(٦) هو جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد المصري الحضري السيوطي. ولد ونشأ في القاهرة، وقرأ على جماعة من العلماء. كان إماماً بارعاً في كثير من العلوم، فكان مفسراً ومحدثاً وفقياً ونحوياً وبلاغياً ولغوياً.

احتزل التدريس والافتاء والناس بعد بلوغ الأربعين، وانصرف إلى التأليف. توفي سنة (٩١١هـ). من مؤلفاته: الدرر المنثور في التفسير بالمأثور، والمزهر في اللغة، والإتقان في علوم القرآن، والأشباه والنظائر في فروع الشافعية، والأشباه والنظائر النحوية، وحسن المحاضرة وغيرها.

راجع في ترجمته: شذرات الذهب (٨/٥١)، والفتح المبين (٣/٦٥)، ومعجم المؤلفين (٥/١٢٨).

ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان^(١).

٤. إن تخريج الفروع، استناداً إلى القواعد الكلية يجنب الفقيه من التناقض الذي قد يترتب على التخريج من المناسبات الجزئية. وقد نبه القرافي (ت ٦٨٤هـ)^(٢) إلى هذا، وذكر أن تخريج الفروع على المناسبات الجزئية دون القواعد الكلية سيؤدي إلى أن تتناقض أحكام الفروع وتختلف^(٣). وقد نقل الإمام تاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ)^(٤) عن والده قوله: (وكم من آخر مستكثر في الفروع ومداركها، قد أفرغ جمام ذهنه فيها، غفل عن قاعدة كلية، فتخبطت عليه تلك المدارك، وصار حيران، ومن وفقه الله بمزيد من العناية جمع بين الأمرين، فبرى الأمر رأي العين)^(٥).

(١) الأشباه والنظائر (٦).

(٢) هو أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي البهنسي المالكي، المشهور بالقرافي، والملقب بشهاب الدين.

ولد في مصر ونشأ فيها، وبرع في الفقه والأصول والتفسير وعلوم أخرى. توفي في القاهرة سنة ٦٨٤هـ. من مؤلفاته: الذخيرة في الفقه، وشرح التنقيح في أصول الفقه، وأنوار البروق في أنواء الفروق، ونفائس الأصول في شرح المحصول، وغيرها.

راجع في ترجمته: الديباج المذهب (٦٢)، وشجرة النور الزكية (١٨٨)، والمنهل الصافي (٢١٥/١)، وهدية العارفين (٩٩/١)، والأعلام (٩٤/١)، ومعجم المطبوعات (١٥٠١/٢)، ومعجم المؤلفين (١٥٨/١).

(٣) الفروق (٣/١).

(٤) هو أبونصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي الأنصاري الشافعي الملقب بتاج الدين. ولد في القاهرة سنة (٧٢٧هـ). وقدم مع والده إلى دمشق ولزم الإمام الذهبي فيها، وبعد أن تخرج به، تولى منصب القضاء وخطابة الجامع الأموي، ومهنة التدريس في غالب مدارسها، وقد تعرض لشدائد ومحن واتهامات لم تجر على قاضي قبله، كما قيل. كان طلق اللسان قوي الحجة. والسبكي نسبة إلى سبك من أعمال المنوفية في مصر. توفي في دمشق بالطاعون سنة (٧٧١هـ).

من مصنفاته: طبقات الشافعية الكبرى والوسطى والصغرى، وجمع الجوامع في أصول الفقه، ورفع الحاجب عن شرح مختصر ابن الحاجب، الإبهاج في شرح المنهاج، وغيرها.

راجع في ترجمته: الدرر الكامنة (٢٣٢/٣)، وشذرات الذهب (٢٢١/٦)، وكشف الظنون (٥٩٥/١)، وهدية العارفين (٦٣٩/١)، ومعجم المطبوعات (١٠٠٢/١)، والأعلام (١٨٤/٤)، ومعجم المؤلفين (٢٢٦/٦).

(٥) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٠٩/١).

٥. ومن فوائد هذه القواعد ما ذكره الشيخ ابن عاشور^(١)، وهو أنّها - وبخاصة الكبرى منها - تساعد على إدراك مقاصد الشريعة، لأن القواعد الأصولية تركز على جانب الاستنباط، وتلاحظ جوانب التعارض والترجيح، وما شابه ذلك من القواعد التي ليس فيها شيء من ملاحظة مقاصد الشارع. أما القواعد الفقهيّة فهي مشتقة من الفروع والجزئيات المتعددة بمعرفة الرابط بينها، ومعرفة المقاصد الشرعية التي دعت إليها^(٢).

وهذا الفرق ذكره القرافي، قبل ذلك، في (الفروق) بصورة موجزة^(٣).

٦. إن القواعد الفقهيّة تمكن غير المتخصصين في علوم الشريعة، كرجال القانون، من الاطلاع على الفقه، بروحه ومضمونه، بأيسر طريقة^(٤).

ثانياً: أهمية قاعدة (العادة محكمة):

أما قاعدة (العادة محكمة) فهي من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، وقد رجع إليها الفقهاء في أمور كثيرة. فال عنها السيوطي (ت ٩١١ هـ) أنها مسائل لا تُعدّ كثرة^(٥). وهي إحدى أربع قواعد ردّ القاضي حسين (ت ٤٦٢ هـ) إليها جميع مذهب الشافعي (ت ٢٠٤ هـ)^(٦).

وهي دليل على يسر الشريعة، ورعايتها لمصالح المجتمع المسلم، ومن الشواهد على رفع الحرج في الشريعة الإسلامية.

(١) هو محمد الطاهر بن عاشور، من علماء تونس البارزين في العصر الحديث. كان رئيس مفتي المالكية فيه، وشيخ جامع الزيتونة. وكان عضواً في مجعبي القاهرة ودمشق. توفي في تونس (١٣٩٣ هـ). من مؤلفاته: مقاصد الشريعة الإسلامية، وأصول النظام الاجتماعي في الإسلام، والتحرير والتنوير في تفسير القرآن وغيرها.

راجع في ترجمته: المستدرك على معجم المؤلفين (٦٦٢).

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية (٦).

(٣) الفروق (٢/١ و ٣).

(٤) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي للدكتور عبدالرحمن الصابوني (١/٢٦٩).

(٥) الأشباه والنظائر (٩٩)، وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٣).

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي (٨)، وفتح الباري (٤/٤٠٦).

ولأهميتها تناولتها أغلب كتب القواعد الفقهية، وبيّنت العديد من أحكامها، وطائفة غير قليلة من التطبيقات عليها، وسائر القواعد المتفرعة عنها.

وقد أوجبوا على المفتي معرفة العوائد، وسؤال المستفتي عن عادات قومه قبل أن يُفتّى في مسألته^(١). قال الأغلاي:

وكلّ ما يُبنى على العرف يدور معه وجوداً عدماً مثل البدور
فاحذر جُمُودك على ما في الكتب فيما جرى عرف به، بل منه تُب
وكلّ ما في الشرع فهو تابع إلى العوائد لها فجامع
فما اقتضته عادة تجددت تعيّن الحكم به إذا بدت^(٢)

وقال ابن القيم (ت ٧٥١هـ): (الأحكام المترتبة على القرائن تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالعقود في المعاملات، والعيوب في الأعواض في المبيعات، ونحو ذلك)^(٣). وقال: (وقالوا: وعلى هذا أبدأ تجيء الفتاوى في طول الأيام، فمهما تحدّد في العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طوال عمرك، بل إذا جاءك رجل يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك، وسله عن عرف بلده، فأجره عليه)^(٤).

وقد أخذت أكثر المذاهب الفقهية بهذه القاعدة، لكنها كانت متفاوتة في مدى الأخذ بها، وربما كان المالكية هم الأكثر أخذاً وإعمالاً لها، يليهم الحنفيّة، ثم باقي المذاهب^(٥). وسنعلم، من خلال دراسة هذه القاعدة. أن من العلماء من عدّها أصلاً ودليلاً يجب الرجوع إليه، وبناء الأحكام عليه^(٦).

ورأوها نوعاً من المصلحة، وتوسعوا فيها، حتى آتاهم خصّصوا بها النصوص

(١) العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر بن عبد الكريم الجدي (١٤٦).

(٢) المصدر السابق.

(٣) أعلام الموقعين (٦٦/٣، ٦٧).

(٤) المصدر السابق.

(٥) العرف والعمل في المذهب المالكي (٨٣) عن أحكام القرآن لابن العربي (١٨٤٢/٤).

(٦) المصدر السابق.

العامة، وقيدوا مطلقها^(١)، كما أنهم رجّحوا بها الأقوال الضعيفة والشاذة، واعتبروها من أقوى المرجحات. قال الأغلاي:

ورجحوا بالعرف وهو أقوى من سائر المرجحات أقوى^(٢)

كما أنهم اعتمدوا عليها في تفسير النصوص، وحسم الخلافات والمنازعات بين الناس، وضبط ما ليس له في الشرع ضابط، إلى غير ذلك من الأمور التي سنذكر طائفة منها في دراسة هذه القاعدة.

وبوجه عام فإن لهذه القاعدة أهمية كبيرة في مجال القضاء والفتوى في الأحكام الشرعية والله أعلم.

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق (٨٤)، وبحث العرف لأبي الأجفان (٣٧٤)، وهذا الترجيح فيما يروونه، ظاهر للمجتهد وغيره، قال الأغلاي بعد البيت السابق:

وذلك الترجيح بالمجتهد ليس بمختص عن المقلد
فالعرف ظاهر لكل واحد لم يتأت جحدُه لـجـاحـدٍ

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول

معنى قاعدة: العادة محكمة وأهميتها

وفيه مطلبان:

- | | |
|----------------|---|
| المطلب الأول: | : في معنى العادة وتقسيماتها وعلاقتها بالمصطلحات المشابهة. |
| المطلب الثاني: | : في معنى العرف وتقسيماته وعلاقته بالمصطلحات المشابهة |

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول

معنى قاعدة (العادة محكمة) وأهميتها

المطلب الأول: معنى العادة، وتقسيماتها، وعلاقتها بالمصطلحات المشابهة

الفرع الأول: معنى العادة في اللغة والاصطلاح

معنى العادة لغة: أما العادة فهي الديدن. والديدن الدأب والاستمرار على الشيء..

ومادتها (ع ود) تفيد الرجوع إلى الشيء المرة بعد الأخرى^(١).

وفي معجم مقاييس اللغة: والعادة الدربة والتماذي في شيء حتى يصير له سجية. ويقال للمواظب على الشيء المعاود. وفي بعض الكلام (الزموا تقى الله - تعالى - واستعيدوها)، أي تعودوها^(٢). وتعود الشيء وعاده وعأوده معاودة وعوادة، واعتاده واستعاده وأعاده، أي صار له عادة، وعأوده الشيء جعله يعتاده^(٣).

معنى العادة اصطلاحاً: أما العادة، بحسب الاصطلاح الشرعي، فقد قبلت فيها تعريفات متعددة بعضها يقرب من تعريف الفقه، أو يرادفه، وبعضها يختلف عنه، ومما قيل من التعريفات.

١. قول الجرجاني (ت ٨١٦هـ) في التعريفات:

هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى^(٤).

وبهذا التعريف أخذ الكفوي (ت ١٩٠٤هـ) في الكليات^(٥).

٢. قول ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) نقلاً عن الهندي في شرح المغني أن العادة عبارة عما يستقر

في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة^(٦).

(١) القاموس المحيط، ولسان العرب.

(٢) معجم مقاييس اللغة (٤/١٨٣).

(٣) لسان العرب.

(٤) التعريفات (١٣٠).

(٥) الكليات (٦١٧).

(٦) الأشباه والنظائر (٩٣).

٣. قول ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) أَنَّ العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول، من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية^(١).

٤. وقول القرافي (ت ٦٨٤هـ): العادة غلبة معنى من المعاني على الناس. ثم بين أنواعها، فقال: وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب، وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى^(٢).

وهذه التعريفات وكثير غيرها مما يصب في مجراها^(٣) يوحى ظاهرها بأنها لا تتناول العادات الفردية. وعلى هذا فإن هذه التعريفات غير جامعة، وهي تلتقي مع العرف في معناها، وهذه وجهة نظر لبعض العلماء. قال ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ): (العادة والعرف بمعنى واحد من حيث المقاصد وإن اختلفا من حيث المفهوم)^(٤). ونقل الأتاسي (ت ١٣٥٩هـ) في شرح المجلة أَنَّ البيري في شرح الأشباه نقل عن المستصفي للنسفي (ت ٧١٠هـ) (أَنَّ العادة ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول)^(٥). أي أن النسفي (ت ٧١٠هـ) ذكر التعريف المتقدم للعرف والعادة معاً.

إن قصر العادة على ما تقدم ينافي ما نراه من تعليقات الفقهاء، واستنباطاتهم للأحكام، إذ هي شواهد على أَنَّ الفقهاء بنوا بعض الأحكام على عادات الأفراد أيضاً^(٦). فلا يكون التعريف جامعاً. قال هبة الله في شرح الأشباه: (إن كثيراً من أمثلة العادة لا يصدق عليه هذا التعريف)^(٧). ولهذا فإننا لا بد أن نتجه إلى تعريف آخر للعادة

(١) نشر العرف (٣).

(٢) شرح تنقيح الفصول (٤٤٨).

(٣) انظر: درر الحكماء لعلي حيدر (٤٠/١)، وشرح المجلة للأتاسي (٧٩/١)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (٣٤).

(٤) نشر العرف (٣).

(٥) شرح المجلة (٧٩/١).

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٣).

(٧) العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبوسنة (١٢).

يكون أجمع من ذلك. وسنكتفي بإيراد ثلاثة منها:

التعريف الأول: قول ابن الهمام (ت ٨٦١هـ) إن العادة هي العرف العملي^(١). أي ما جرى عليه العمل عند الناس. فالعرف على هذا أعم منها، لأنه يشملها ويشمل العرف القولي أيضاً. وانتقد التعريف بأنه لا دليل على قصر العادة على الجانب العملي من العرف، بل إن الأقوال المنقولة عن الفقهاء تدل على إطلاق العادة على الأقوال والأفعال معاً^(٢).

التعريف الثاني: قول ابن أمير الحاج (ت ٨٧٩هـ) إن العادة هي الأمر المتكرر^(٣) من غير علاقة عقلية^(٤). وهذا التعريف شامل للقول والفعل معاً، ولكل أمر يحصل مرة بعد مرة، إن لم تكن علاقته عقلية، لأن ما كانت علاقته عقلية كتكرار حدوث الأثر مع المؤثر بعلاقة عقلية، لا يعتبر من قبيل العادات^(٥). فكل ما تكرر ولم تكن علاقته عقلية، هو عادة، سواء كان صادراً من الفرد أو من الجماعة، وسواء كان مصدره أمراً طبيعياً كحرارة الإقليم وبرودته المؤثرتين في إسراع البلوغ وإبطائه^(٦) أو ما كان مصدره الأهواء والشهوات كأكل أموال الناس بالباطل، وكالفسق والظلم وغيرها، أو كان مصدره حادثاً خاصاً كفساد الألسنة الناشئ من اختلاط العرب بغيرهم.

التعريف الثالث: قول أمير بادشاه (ت ٩٨٧هـ): هي الأمر المتكرر ولو من غير

(١) التحرير بشرح التقرير والتحجير (٢٨٢/١)، وبشرح تيسير التحرير (٣١٧/١).

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء (١١).

(٣) لا يوجد حد معين للتكرار الذي تثبت به العادة عند الفقهاء، ولكنهم فرقوا بين الجزئيات. فمنها ما تثبت به العادة بتكراره مرتين، ومنها ما تثبت بأكثر من ذلك. راجع في معرفة بعض هذه الضوابط: السيوطي، الأشباه والنظائر (٩٩ - ١٠١). وابن نجيم في الأشباه والنظائر (٩٤). وسنبحث هذا فيما بعد إن شاء الله.

(٤) التقرير والتحجير (٢٨٢/١).

(٥) وإنما هو من قبيل التلازم العقلي، كتكرار حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها، كتحرك الخاتم بحركة الاصبع وتبدل مكان الشيء بحركته. فهذا مهما تكرر لا يسمى عادة (المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا ٨٣٦/٢).

(٦) العرف والعادة في رأي الفقهاء (١١).

علاقة عقلية. وهذا التعريف أكثر شمولاً من تعريف ابن أمير الحاج، لأن قوله (ولو من غير علاقة عقلية) يدل على أن ما كانت علاقته عقلية داخل في مفهوم العادة أيضاً.

فالعادة، على هذا التعريف والتعريف الذي سبقه، أعم من العرف. وإذا نظرنا إلى الدراسات النفسية علمنا أن طبيعة العادة والعرف تقتضي أن تكون العادة أعم من العرف. فالعادة تنشأ عندما توجد عند الإنسان رغبة وميل إلى عمل ما، فيقوم به ثم يكرره المرة بعد المرة حتى يستقر في نفسه، ويصبح سهلاً عليه اتباعه، بل ربما شق عليه تركه، إن هذا العمل المتكرر يسمى عادة، وربما كان هذا الاعتبار أو العمل المتكرر واقعاً من فرد واحد وربما كان من جماعة، فما كان عادة لفرد واحد أو أفراد محددين فإنه لا يسمى عرفاً، وما كان للكل أو الأغلب فإنه يسمى عرفاً^(١).

ومن الممكن أن نجد في الإطلاق اللغوي ما يعزز ذلك، فمادة (ع و د) لا تفيد شيئاً أكثر من الاستمرار على الشيء والعودة إليه مرة بعد أخرى، وهو معنى يمكن أن يتحقق من فرد واحد، وليس بشرط أن يكون من كثيرين بخلاف العرف الذي تفصح أكثر معانيه عن المتابعة والظهور والوضوح والارتفاع والشهرة، وهي معان تتضح في العادات الجماعية أكثر مما تتضح في عادات الأفراد.

ولهذا فنحن نميل إلى التفريق بين العرف والعادة، وإلى إدخال العرف في مفهوم العادة، لأنه ليس غير توسيع أفقي لعادة من العادات، على أننا ينبغي أن ننبه إلى أن الفقهاء أدخلوا في مفهوم العادة ما لا يعتبر كذلك عند علماء النفس، إذا أدخل الفقهاء إسراع البلوغ أو إبطاءه المتأاتي عن العوامل الطبيعية، في مفهوم العادات، مع أنه ليس كذلك عند علماء النفس، إذ هو ليس ميلاً مكتسباً ولا عملاً إرادياً.

ولأجل هذا الفهم للعادة نستبعد التسوية بين العادة والعرف، ونستبعد تعريف ابن الهمام، لعدم شموله الأقوال، مع أنهم صرحوا بأنها تعتبر من العادات، ولعدم شموله العادات الفردية أيضاً، لأنها ليست من الأعراف.

(١) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي (٢١٧).

فبقي تعريف ابن أمير الحاج وأمير بادشاه، والفرق بينهما أن ابن أمير الحاج استبعد الأمر المتكرر الناتج عن علاقة عقلية من مفهوم العادة، بينما أدخله أمير بادشاه فيه، وهذا أمر يحتاج إلى التأمل، لأننا إن اعتبرنا العادة، كما اعتبرها علماء النفس، عملاً إرادياً فإن كلا التعريفين يكونان غير مانعين، فتعريف ابن أمير الحاج يدخل فيه ما كان ناتجاً عن تأثير طبيعي مما هو ليس إرادياً، كإسراع البلوغ وإبطائه، وتعريف أمير بادشاه يدخل فيه، زيادة على ذلك، ما كانت علاقته عقلية.

وإذا كان الفقهاء رتبوا أحكاماً على المتكرر الناتج عن سبب طبيعي، كحرارة الجو وبرودته المؤثرتين في إسراع الحيض والبلوغ وفي إبطائهما، ولم نجدن رتبوا أحكاماً على المتكرر الناتج عن علاقة عقلية، يكون تعريف ابن أمير الحاج أقرب إلى تصوير العادة عندهم من تعريف أمير بادشاه.

ولهذا فإننا نؤثر الأخذ به، ونعتبره تعريفاً اصطلاحياً للعادة يناسب استعمال الفقهاء.

الفرع الثاني: تقسيمات العادة^(١).

تنقسم العادة إلى أقسام متعددة، بحسب الاعتبارات التي ينظر فيها إليها. وأغلب العلماء كانوا يذكرون تقسيمات العادة العامة التي لا تقتصر على الأفراد، تحت عنوان تقسيمات العرف، أو أقسام العرف. وكانت هذه التقسيمات شاملة للجميع، أي ما كان عادة لجمهور الناس، وما كان عادة للأفراد. وسبق أن ذكرنا أن علماء القواعد الفقهية كانوا يتكلمون عن العرف تحت عنوان (العادة محكمة). والتقسيمات الآتية مما ذكرها الشاطبي في كتابه الموافقات، وستنقصر الكلام على ذكرها، دون ذكر تفاصيل الموافقات، وستنقصر الكلام على ذكرها، دون ذكر تفاصيل ما تعلق بها من الأحكام، لأن ذلك سيرد الحديث عنه في موضع آخر.

لقد قسم الشاطبي (٧٩٠هـ) العادات، في كتابه الموافقات، إلى قسمين رئيسيين هما

(١) انظر: الموافقات للشاطبي (٢/٢٨٣) وما بعدها، والعرف والعادة لأحمد فهمي أبو سنة (٢٢).

العوادات الشرعية والعوادات غير الشرعية، وقسم غير الشرعية إلى قسمين هما العوادات المتبدلة والعوادات الثابتة، وفيما يأتي بيان وتوضيح لهذه الأقسام:

أولاً: العوادات من حيث شمولها بالدليل الشرعي

وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين، هما العوادات الشرعية والعوادات غير الشرعية.

١ - العوادات الشرعية:

وهي العوادات الثابتة بأدلة الشارع، أي أمر بها على وجه الإيجاب أو النذب، أو نهى عنها على وجه التحريم أو الكراهة، أو أذن في فعلها وتركها. ومن أمثلتها الأمر بإزالة النجاسة، وستر العورة، وإباحة بيع العرايا، وما أشبه ذلك.

٢ - العوادات غير الشرعية:

وهي العوادات التي لم يتناولها الدليل الشرعي، لا بإثبات ولا بنفي، كشهوة الطعام، والشراب، والجماع ومدة الحيض وزمان معاودته، والمدة التي يحكم فيها بموت المفقود.

ثانياً: العوادات من حيث الثبات والتبدل

وهذا التقسيم خاص بالعوادات غير الشرعية، لأن العوادات الشرعية ثابتة ولا يرد فيها التبدل، وأقسام هذه العادة غير الشرعية اثنان، هما: العوادات الثابتة، والعوادات المتبدلة.

١ - فالعوادات الثابتة: كوجود شهوة الطعام والشراب والوقاع والنظر والمشى وأشباه ذلك، مما يدخل أكثره في الغرائز الثابتة في خلقة الإنسان، وهذه العوادات إنما تبنى الأحكام على وفقها، إذا كانت أسباباً لمسببات حكم الشارع بها.

٢ - العوادات المتبدلة: وهي التي تختلف بحسب أماكنها، وأزمانها وأحوالها، وأهمها، وحرفيها، أو أمور خارجة عن إرادة وقدرة المكلف. وفي هذا النوع من العوادات توجد تفاصيل سترد فيما بعد، عند الكلام عن المجالات التي تحكم فيها العوادات والأعراف.

ثالثاً: العادات بحسب أصحابها، أو من تصدر عنهم وتنسب إليهم

وتنقسم العادات بحسب ما ذكر سابقاً إلى ثلاثة أقسام، هي العادات البشرية، والعادات الحيوانية، والعادات الطبيعية. وهذا التقسيم ذكره مصطفى عبد الرحيم أبوعجيلة، وقال أنه تقسيم تقريبي، للتداخل في بعض العادات، ولوقوع الاشتراك في بعض الصفات أحياناً. وفيما يأتي بيان وتوضيح لهذه العادات:

١- العادات البشرية:

أي العادات التي تصدر عن الإنسان الفرد، وهي عادات بشرية وقد تكون إلى جانب ذلك طبيعية في بعض الأحيان. كما في العادة الشهرية عند المرأة.

٢- العادة الحيوانية:

أي العادات التي تتعودها بعض الحيوانات كالكلاب المعلمة والصقور المدربة على الصيد لصاحبها. وقد تكون تلك العادات غير متأية عن تعليم كما في الكلب العقور.

٣- العادات الطبيعية:

وهي العادات المتأية من مصادر خارجيّة كحرارة الإقليم، واختلاف الفصول، المؤثرة في الإسراع في البلوغ، أو تأخره^(١).

الفرع الثالث: الفرق بين العادة عند الفقهاء والمصطلحات ذات العلاقة:

أولاً: الفرق بين العادة والاستعمال:

اختلفت الآراء حول العلاقة بين العادة والاستعمال، على قولين:

الأول: إنهما مترادفان.

والثاني: أن العادة هي نقل اللفظ إلى معناه المجازي عرفاً^(٢).

(١) العرف وأثره في التشريع الإسلامي لمصطفى عبد الرحيم أبوعجيلة (٧٩، ٨٠).

(٢) الكليات للكفوي (٦١٧)، وكشاف اصطلاحات الفنون (٣/٩٥٨).

واستفاضته فيه ، كوضع القدم في قوله لا أضع قدمي في دار فلان ، يريد به الدخول. وهذا هو المسمى حقيقة عرفية^(١).

وأما الاستعمال فهو نقل اللفظ عن موضوعه الأصلي إلى معناه المجازي شرعاً ، وغلبة استعماله فيه^(٢) كالصلاة والزكاة ، حتى صار بمنزلة الحقيقة ، ويسمى إذ ذاك حقيقة شرعية.

ثانياً: العادة عند علماء النفس:

يرى علماء النفس أنَّ العادة ميل مكتسب نتيجة تكرار فعل من الأفعال ، يجعل الشخص يقوم ببعض الأعمال على نحو آلي ، وبمجهود بسيط ، وبدون حاجة لإعمال الفكر أو حصر الانتباه^(٣). وإنما جعلوا العادة ميلاً مكتسباً لتمييزها عن السلوك الفطري الغريزي^(٤).

وتعريف العادة بالنحو الذي ذكرناه يجعل لها معنىً واسعاً بحيث أنها تشمل جميع الصفات العامة للشخصية ، من ميول واتجاهات عقلية فتشمل العادات الحركية مثل الأعمال اليدوية ، وتشمل العادات العقلية ، مثل الطريق الذي يعمل به التفكير ، أهو منطقي فيه تؤدي واستقامة في الاستنتاج ، واستقلال في إبداء الرأي. أو هو متسرع مفكك فيه تقليد من غير اقتناع بآراء الآخرين؟ وتشمل العادات الوجدانية كالصداقة وحبّ العدل^(٥).

ولكن مكدوجل (ت ١٩٣٨ م) يرى حصر العادة في نطاق التصرفات الحركية والجسمية المكتسبة^(٦).

(١) المصدران السابقان.

(٢) خلاصة علم النفس للدكتور أحمد فؤاد الأهرامي (١١١).

(٣) المصدر السابق.

(٤) تحليل الشخصية للدكتور محمد خليفة بركات (١٥٣).

(٥) مسائل فلسفية للدكتور توفيق الطويل وجماعته (٥٧/١).

(٦) تحليل الشخصية : في الموضع السابق.

المطلب الثاني: معنى العرف وتقسيماته وعلاقته بالمصطلحات المشابهة

الفرع الأول: معنى العرف في اللغة والاصطلاح

معنى العرف لغة:

يطلق العرف في اللغة على معان عديدة منها ما هو حقيقي ومنها ما هو مجازي. أما معانيه الحقيقية فتنبئ عن الظهور والوضوح والارتفاع كالمعروف والجود وما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه وغيرها. وأما معانيه المجازية فمنها إطلاقه على أعراف الريح والسحاب والضباب مراداً به أوائلها. ومنها إطلاقه على موج البحر^(١).

وذكر ابن فارس أن مادة الكلمة (ع ر ف) أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة. وقد ردّ أغلب الألفاظ ذات المادة المذكورة إلى المعنيين المذكورين^(٢).

واستعمال العرف في الاصطلاح يوافق الأصلين المذكورين، ففيه تتابع، أي متابعة بعض الناس بعضاً والاستمرارية على العمل به، كما أن فيه طمأنينة النفس وارتياحها للأخذ به.

وقد ورد استعمال لفظه في القرآن الكريم في أكثر من موضع فجاء مرة مفرداً ومرة مجموعاً. فمثال المفرد قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَقَوْ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩] وقوله: ﴿وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا﴾ [المرسلات: ١] ومثال ما جاء مجموعاً قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ﴾^(٣) [الأعراف: ٤٦].

(١) القاموس المحيط.

(٢) معجم مقاييس اللغة (٢٨١/٤).

(٣) وقد فسر الزنجشيري العرف في الآية الأولى بأنه المعروف الجميل من الأفعال، كما فسره بعضهم بأنه ما أمر الله تعالى به وعرف بالوحي. وقالوا: إن المرسلات عرفاً الملائكة المرسلات متتابعة، كشعر عنق الفرس، كما يجوز أن يكون المراد منه المرسلات بالمعروف والإحسان، على ما يفهم من الألوسي. انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبوسنة (٧، ٨).

معنى العرف اصطلاحاً:

وأما معنى العرف بحسب الاصطلاح فقد قيلت فيه تعريفات متعددة منها:

١- تعريف حافظ الدين النسفي (ت ٧١٠هـ) إنه: (ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول). وقد نقل هذا التعريف من كتاب (المستصفى) للنسفي^(١) وهو من أقدم ما قيل في العرف من التعريفات، بحسب استقراء الشيخ أبي سنة^(٢).

٢- وقال السيد الشريف الجرجاني (ت ٨١٦هـ) أنه:

ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول^(٣).

٣- وقال الشيخ زكريا الأنصاري (ت ٩٢٦هـ) أنه:

ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول^(٤).

٤- وقال الكفوي (ت ١٠٩٤هـ) أنه:

ما استقر في النفوس من جهة شهادة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول^(٥).

وهذه التعريفات معناها واحد، لكن بعضها قيد الطبائع بالسليمة، وبعضها أطلق ذلك. والأمر في هذا هيّن، ومرجعها إلى تعريف الشيخ النسفي رحمه الله (ت ٧١٠هـ).

والذي تفيده التعريفات المذكورة أنّ العرف هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس، وتحقق في قراراتها، وألفته، مستندة إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، وهذا الاستقرار والقبول إنما هو نتيجة الاستعمال الشائع المتكرر

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبوسنة (٨) وأثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور السيد صالح عوض (٥٠)، ولم يرد فيه قيد من جهة العقول. والمستصفى كتاب مخطوط في دار الكتب المصرية.

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٨).

(٣) التعريفات (١٣٠).

(٤) الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة (٧٢).

(٥) الكلبيات (٦١٧).

الصادر عن الميل والرغبة.

والتعريفات شاملة لكل ما استقر في النفوس سواء كان قولاً أو فعلاً، ولكنه يخرج ما حصل اتفاقاً وبطريق الندرة مما لم يعتده الناس حيث لا يعتبر عرفاً، إذ هو لم يستقر في النفوس، كما يخرج ما استقر لا من جهة العقول كتعاطي المسكرات وأنواع الغجور التي استقرت من جهة الأهواء والشهوات، وكفساد الألسنة المستقرة في النفوس من اختلاط العرب بغيرهم، وكالأمور الاتفاقية وغيرها مما لم يتأت من جهة العقول. كما يخرج من التعريف ما لم تلقه الطباع السليمة بالقبول، لكونه حينئذ نكراً لا عرفاً^(١).

فإذا ما تم تحقق الاستعمال المعقول الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة فحصل به الاستقرار في النفوس، وقبول أصحاب الطباع السليمة له فقد تحقق العرف قولاً أو عملاً. ولكن ذلك لا يعني أنه معتبر من قبل الفقهاء، لأن الاعتبار له شروط وراء حقيقة العرف.

وإلى جانب التعريفات المتقدمة توجد تعريفات أخرى، تتضمن إضافات إلى ما ذكر في التعريفات المتقدمة. وقد نقل الدكتور السيد صالح عوض في كتابه (أثر العرف في التشريع الإسلامي) تعريفين لبعض علماء المالكية، هما:

١- تعريف ابن عطية الذي ذكره صاحب بلوغ السؤل، عند شرح قول ابن عاصم الأندلسي (ت ٨٢١هـ) في منظومته (مرتقى الوصول إلى علم الأصول): (والعرف ما يعرف بين الناس)، وهو:

العرف هو كل ما عرفته النفوس بما لا تردّه الشريعة^(٢).

٢- تعريف ابن ظفر (ت ٥٦٥هـ). وهو ما ذكره صاحب بلوغ السؤل أيضاً، وهو:

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٨).

(٢) شرح الكوكب المنير (٤/٤٤٨).

العرف ما عرفت العقلاء أنه حسن، وأقرهم عليه الشارع^(١).

وهذان التعريفان ذكرا شرط عدم ردّ الشريعة للعرف في التعريف، بما لم يرد في التعريفات السابقة، ولهذا فإنّ مؤلف (أثر العرف) رأى أن يجمع بين هذه التعريفات ليقدم تعريفاً للعرف المعتبر في الشرع فقال:

العرف هو ما استقرّ في النفوس واستحسنه العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر الناس عليه بما لا تردّه الشريعة، وأقرّتهم عليه^(٢). ويلاحظ على تعريفه أنّه لم يعرف العرف من حيث هو، بل عرفه مع أحد شروطه، وهذا خلاف المنهج المتبع في التعريفات، ويلزم على مثل هذا التعريف أنه لا يردّ فيه تقسيم العرف إلى صحيح وفاسد، لأنه إن كان مما لا تردّه الشريعة فكيف يحكم عليه بالفساد؟

ولكنّ هناك إشكالاً يلزم من جعل العرف نوعاً من أنواع العادة، فقد رجّحنا الأخذ بتعريف ابن أمير الحاج (ت ٨٧٩هـ) إنّ العادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، والمفروض في العرف أن تكون علاقته عقلية، وفق التعريفات السابقة، وبما أن العرف من أفراد العادة، فإنه يلزم عدم اجتماع العرف والعادة، لأن العادة ما علاقتها غير عقلية، والعرف ما علاقتها عقلية، إلا على رأي من عرفها بتعريف العرف، كما صنع ابن ملك (ت ٨٠١هـ) في شرحه للمنازل للحافظ النسفي (ت ٧١٠هـ)، إذ قال: أن العادة هي ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة^(٣).

ولهذا فنحن أميل إلى عدم ذكر العلاقة العقلية في التعريف، والاستقرار في النفوس وقبول الطباع له. وهذه مسألة تنشأ من التكرار.

الفرع الثاني: تقاسيم العرف

ينقسم العرف، بحسب الاعتبارات التي ينظر فيها إليه، إلى أقسام متعددة، نذكر فيما

(١) أثر العرف في التشريع الإسلامي (٥١) نقلاً عن بلوغ السؤل شرح مرتقى الوصول لابن عاصم (٣٢٠)، وانظر شرح الكوكب المنير (٤/٤٤٩).

(٢) المصدر السابق.

(٣) شرح ابن ملك على المنازل (٤٢٣).

يأتي طائفة منها:

أولاً: أقسامه من حيث سببه، وهو ينقسم بهذا الاعتبار إلى عرف قولي، أي لفظي، وعرف عملي. وفيما يأتي بيان هذين القسمين:

١ - العرف القولي:

القول هو اللفظ المركب في القضية الملفوطة^(١)، والمراد به الكلام، أو الألفاظ التي هي الأصوات المشتملة على بعض الحروف^(٢). فالعرف القولي هو العرف الكلامي أو اللفظي.

وفي الاصطلاح يطلق العرف القولي على شيوع استعمال بعض الألفاظ، أو التراكيب في معنى بحيث يكون هو المتبادر إلى الأذهان، عند الإطلاق، من دون قرينة أو علاقة عقلية^(٣).

وقيل: هو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى^(٤).

وقيل: هو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه^(٥).

وليس بين هذه التعريفات فروق ذات أهمية. وهذا العرف قد يكون في المفردات وقد يكون في الجمل والتراكيب. ففي المفردات قد يكون المتبادر بعض المدلول اللغوي، أو أعم منه. فمثال الأول إطلاق الدابة على ذات الحافر، مع أن اللفظ في اللغة عام، يتناول كل ما يدب على وجه الأرض^(٦). وكإطلاق لفظ (الولد) على الذكر من بني الإنسان، مع أنه في اللغة يشمل الذكر والأنثى، وكإطلاق البيت على الغرفة في بعض البلدان.

(١) التعريفات (١٥٨).

(٢) الحدود الأنيفة (٧٨).

(٣) نشر العرف (٣)، والإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام (٢٢٠)، والمدخل الفقهي (٨٤٢/٢).

(٤) التقرير والتحبير (٢٨٢/١).

(٥) درر الحكام (٤١/١).

(٦) أصول الفقه للشيخ عباس متولي حمادة (٢٣٥).

ومثال الثاني: إطلاق الدراهم على جميع النقود الرائجة في البلد، سواء كانت دنانير أو دراهم، أو قروشاً، أو فلوساً، أو جميع أنواع ما يتعامل به حتى الورق النقدي مع أن الدراهم في الأصل محدودة بما سَكَّ من الفضة^(١).

ومثال العرف في الجمل أو التراكيب، قول الخالف: لا يضع قدمه في دار فلان، أو عليّ المشي إلى بيت الله، فإنّ العرف استعمل الأول في المنع من دخول الدار، والثاني في إيجاب أحد النسكين الحجّ أو العمرة^(٢)، مع أنّ معناهما اللغوي ليس كذلك.

٢- العرف العملي:

والمراد من العملي ما كان المتعارف عليه من الأعمال. والعمل في اللغة كل فعل يفعل^(٣). وفي مفردات الراغب الأصفهاني (ت ٥٠٢هـ) ما يفيد التفريق بين العمل والفعل، إذ جعل العمل أخصّ من الفعل، أو هو ما كان من الحيوان بقصد، أمّا الفعل فإنّه ينسب إلى الحيوانات التي يقع منها الفعل بغير قصد، وقد ينسب إلى الجماد، أيضاً. والعمل قلماً ينسب إلى ذلك^(٤).

ولا يبدو لهذا التفريق أثر في موضوع العرف العملي، فهو يطلق على ما كان في مقابلة الأقوال، من الأمور، وقد أطلقت العادات والأعراف، عند الفقهاء، على ما هو أعم من الأفعال الإرادية، فيشمل ما صدر من العاقل، ومن غير العاقل، وما كان من الظواهر والسنن الكونية، فأطلقوا ذلك على عادة المرأة في الحيض، وعلى برودة الجو وحرارته من حيث تأثيرهما في سرعة أو قصر زمن البلوغ، أو طوله.

(١) نظرية العرف (٣٤).

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء (١٨)، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي للشيخ محمد مصطفى شلبي (٢١٨).

(٣) معجم مقاييس اللغة (١٤٥/٤).

(٤) التوقيف على مهمات التعاريف (٢٤٦)، ومنتهى الآمال (٦٨)، وانظر تفصيل الكلام، والفرق بين الأعمال والأفعال في كتابنا التخريج عند الفقهاء والأصوليين (٢٢٢).

ومن أمثلة هذا العرف، تعارف قوم على أكل البرّ ولحم الضأن^(١) وتعارف البيع بالتعاطي، دون صيغة العقد^(٢)، وتعارف تقسيط الأجور السنوية للعقارات إلى أقساط متعدّدة^(٣). وتعارف في بيع الأشياء الثقيلة أن تكون حمولتها إلى بيت أو محل المشتري على البائع^(٤) ومما يدخل في مجال هذا العرف الدخول إلى الدوائر الرسمية والمؤسسات العامة، من وزارات، ومحاكم، ومدارس، والجلوس في المواضع المخصصة لذلك، إلى فترة انقضاء حاجة الداخل إليها^(٥). دون استئذان في أوقات الدوام الرسمي. وكذلك الدخول إلى المحلات التجارية، لجريان العرف والعادة، بدخول الناس في هذه الدوائر والمؤسسات لقضاء حاجاتهم، ولهذا فإن الدخول إليها في غير الأوقات المخصصة لذلك غير جائز، لأن العرف العملي قاضي بالإذن بالدخول في الأوقات الرسمية، ومثل هذه العادات منزلة منزلة الصريح من الأقوال^(٦).

ثانياً: أقسامه من حيث من يصدر عنه العرف.

وينقسم بهذا الاعتبار إلى عرف عام، وعرف خاص، وفيما يأتي بيان هذين القسمين:

١- العرف العام:

العام في اللغة الشامل، يقال عمّ الشيء عموماً شمل الجماعة^(٧). وفي اصطلاح الأصوليين قيلت فيه تعريفات كثيرة، عدّ من أفضلها أنه: اللفظ المستغرق لجميع ما

(١) نشر العرف (٣).

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء (١٩).

(٣) المدخل الفقهي (٢/٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٧).

(٤) المصدر السابق.

(٥) قواعد الأحكام (١/١١٢)، والقواعد للحصني (١/٣٦٢)، والعرف وأثره في الشريعة والقانون (٧٧).

(٦) العرف وأثره في الشريعة والقانون في الموضع السابق، وانظر مزيداً من الأمثلة في قواعد الأحكام

(١١٢/٢)، وما بعدها.

(٧) القاموس المحيط.

يصلح له دفعة^(١).

أمّا في الاصطلاح فالعرف العام، كما عرفه ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) هو ما تعارفه عامة أهل البلاد قديماً أو حديثاً^(٢). وسواء كان فعلياً أو قولياً^(٣).

والمراد بعامة أهل البلاد، البلاد الإسلامية، بناء على أن (أل) في البلاد للعهد، والمعهود البلاد الإسلامية، إذ غيرها، كما فسّر ذلك الشيخ أبوسنة، لا يبحث الإسلام عن أحكامه، ولا يُعوّل على عرفه والمراد. من قوله قديماً ما كان في عصر الرسالة والصحابة، والاجتهاد. ومن قولهم حديثاً، أي ما تُعورف عليه في عصور التقليد اللاحقة^(٤). وهو مقابل للعرف الخاص ببلدة واحدة^(٥).

ووفق ما ذكر فإن العرف العام من الممكن أن يكون حادثاً، وغير موجود في زمن الصحابة، ولا مستمراً من عهدهم حتى زماننا. وقد استدل ابن عابدين على ذلك بذكر طائفة من الأعراف التي صرح الفقهاء بالأخذ بها، استثناء من النصوص، كالنهي عن بيع وشرط. فعند الفقهاء لا يفسد البيع بالشرط المتعارف عليه، كسواء نعل على أن يقطعها البائع، أو ثوب خلق على أن يرقعه البائع، ويخرزه، ويسلمه إليه^(٦)، ومن ذلك البيوع الجارية الآن، والمشتراط فيها ضمان التصليح والصيانة لمدة معينة.

لكن ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) ذكر في رسالته (شفاء العليل وبلّ الغليل) أن العرف العام هو (ما تعامله المسلمون من عهد الصحابة إلى زماننا، وأقرّه المجتهدون وعملوا به بناء على التعارف، وإن خالف القياس، ولم يرد به نصّ، ولا قام عليه دليل)^(٧). وقال بأن هذا هو الذي أخذ به الفقهاء وبنوا عليه الأحكام الشرعية. وقد قالوا: إن العرف

(١) إرشاد النحول (١٩٨) والتعريف في الأصل لفخر الدين الرازي في المحصول (٣٥٣/١).

(٢) نشر العرف (١٨).

(٣) المصدر السابق.

(٤) العرف والعادة في رأي الفقهاء (١٩).

(٥) نشر العرف (١٨).

(٦) المصدر السابق.

(٧) شفاء العليل وبلّ الغليل في حكم الوصية بالختومات والتهاليل من مجموعة رسائل ابن عابدين

(١٨٦/١)، وانظر درر الحكام (٤٠/١).

بمنزلة الإجماع عند عدم النص^(١).

لكنّ هذا التصوير للعرف العام غير مطابق لواقع ما يذكر من الأعراف، إذ أنّ كثيراً من الأعراف العامة التي يذكرها الفقهاء لم تكن موجودة في زمن الصحابة، والعرف الموجود من زمن الصحابة، والذي استمر به العمل حتى الآن، يدخل في الإجماع، أو السنة التقريرية، إن كان النبي ﷺ قد علمه ولم ينكره وسواء اعتبرنا القيود التي ذكرت شرطاً، أو جزءاً من حقيقة العرف، فإن النتيجة واحدة، هي عدم الاعتداد بالعرف، إن لم توجد القيود المذكورة. وهذا مخالف لواقع الأعراف التي اعتد بها العلماء. وما ذكر ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) من شرط في العرف العام في رسالته (شفاء العليل وبطل الغليل)، كان بصدد مناقشة الآخرين والردّ عليهم، بشأن الوصية بالختامات والتهاليل، ولهذا فإن ما ذكره كان نابعاً من موقفه الذي اتخذ من عدم جواز أخذ الأجرة على أعمال الطاعة، وهدم دليل الخصم المعتمد على الأعراف الحادثة^(٢)، ولهذا فإن تصويره للعرف العام بما ذكره في شفاء العليل غير معتمد، وليس له عند العلماء قبول.

ومن أمثلة هذا العرف بيع المعاطاة، وعقد الاستصناع، ودخول الحمام بدون تعيين زمن المكث وقدر الماء^(٣). ومن الأعراف الجديدة العامة أن ما تزود به السيارات من المفكات، والرافعة، والعجلة الاحتياطية وغيرها يكون داخلاً في عقد البيع، حتى لو لم يذكر شيء من ذلك في العقد. ومثل ذلك بيع الدراجات الهوائية التي يدخل في عقدها المفكات الخاصة بها والمنفاخ^(٤) ومن ذلك تقديم الإكراميات للخدم في الفنادق والمطاعم^(٥). والتعارف على تحديد ساعات العمل، وتقسيط الأجور وأثمان المبيعات، والمعمو عنه في الوزن، والتعارف على التعامل في استصناع كثير من الحاجات واللوازم من ملابس، وأحذية، وأبواب وشبابيك، وأجهزة متنوعة أخرى.

(١) المصدر السابق.

(٢) (ص ٨١).

(٣) العرف وأثره في التشريع الإسلامي (١٠٧).

(٤) نظرية العرف للدكتور عبدالعزيز الحياط (٣٣)، والمدخل الفقهي (٨٦٦/٢، ٨٦٧).

(٥) نظرية العرف (٣٣).

وحكم هذا العرف أنه يثبت به حكم عام، أي في حق العموم^(١)، يترك به القياس، ويخص به الأثر^(٢).

٢- العرف الخاص:

الخاص في اللغة المنفرد. يقال خصّصه واختصّه أفرده به دون غيره^(٣).

ومن أنسب تعاريفه عند الأصوليين فيما نحن فيه، قول بعضهم: ما دلّ على كثرة مخصوصة^(٤). وإن كانوا قد لاحظوا عليه أن التخصيص قد يكون بفرد من الأفراد^(٥): كما أن استخدام مادة المعرفة في التعريف مما يترتب عليه الدور الممتنع.

وفي اصطلاح أهل الفقه أن العرف الخاص: هو ما تعامله بعض المسلمين أو فئة من الناس دون أخرى^(٦). وقيل هو اصطلاح طائفة مخصوصة على شيء كاستعمال علماء النحو لفظ الرفع، وعلماء الأدب كلمة النقد^(٧)، وعلماء الأصول مصطلحات الخاص والعام والمطلق والمقيد والظاهر والنص وغيرها. ومن ذلك الألفاظ المصطلح عليها في الشرع كالصلاة والصوم والعمرة، والاعتكاف وغيرها، ومن ذلك اصطلاحات أرباب الحرف والصناعات.

ولا يقتصر العرف الخاص على جانب القول أو اللفظ، بل يشمل ما يجري به العمل بين الفئات المختلفة، وأصحاب الحرف المتنوعة، من تجارة، أو صناعة، أو زراعة، ومثل هذا العرف يكون حجة في حق أهله الذين تعارفوه فقط^(٨). ومنه نشأت القاعدة

(١) درر الحكام (٤١/١).

(٢) شرح المجلة للأناسي (٨٠/١).

(٣) لسان العرب.

(٤) إرشاد الفحول (٢٤٣).

(٥) المصدر السابق.

(٦) المدخل الفقهي (٨٤٦/٢).

(٧) درر الحكام (٤٠/١).

(٨) نشر العرف (٢٧)، وأثر العرف في التشريع الإسلامي (١٤١)، ومن ذلك ما لو تعارف أهل بلد وقف المتقول غير المتعارف وقفه في غيرها، يحكم بصحة وقف ذلك المتقول فيها فقط، درر الحكام (٤١/١).

(المعروف بين التجار كالمشروط بينهم). ومن أمثلة هذه الأعراف كيفية القبض، وما يُعدّ عيباً يردّ به المبيع، وما يكون رؤية تسقط الخيار، وكيفية دفع أثمان المبيعات، وغيرها. ومن الأعراف الخاصة أعراف المزارعين بشأن استغلال الأراضي، وكيفية ذلك، وما يزرع في أرض دون غيرها^(١).

ويذكر القرافي (ت ٦٨٤هـ) أنّ من الأعراف الخاصة ما يكون خاصاً ببعض الفرق، كالأذان للمسلمين، والناقوس للنصارى، وأنها مما يُقضى بها عند المالكية^(٢). ولكن لا يُقضى به على القياس^(٣). (لأن تعامل أهل بلدة إن اقتضى أن يجوز التخصيص، فترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص، فلا يثبت التخصيص بالشك)^(٤).

ونصّ ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) على أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، لكنّ الكثير من المشايخ أفتوا باعتباره^(٥). وقد ذكر طائفة من الأعراف الخاصة التي اعتدّ بها في زمانه^(٦) وذكر النووي (ت ٦٧٦هـ) وهو من علماء الشافعية، أن الأعراف الخاصة، إن كانت عملية فلا اعتبار لها^(٧).

٣- العرف الشرعي:

ومن الجدير بالذكر أن بعض الباحثين^(٨) أفردوا العرف الشرعي بالكلام، وجعلوه أحد الأقسام الداخلة في الحيثية التي قسم بها العرف إلى عام وخاص. ولا يظهر لذلك وجه. وهو مخالف لشروط القسمة الصحيحة، إذ هو داخل في الأعراف الخاصة.

(١) العرف وأثره في التشريع الإسلامي لمصطفى عبدالرحيم أبو عجيبة (١٠٩، ١١٠).

(٢) شرح تنقيح الفصول (٤٤٨).

(٣) شرح المجلة للأتاسي (٨٠/١).

(٤) المصدر السابق.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٣، ١٠٤).

(٦) المصدر السابق.

(٧) المجموع (٤١٧/١١).

(٨) أثر العرف في التشريع الإسلامي (١٤١).

ثالثاً: أقسامه من حيث موافقة أو مخالفة قواعد الشريعة، أو نصوصها:

والأعراف والعادات تنقسم من هذه الحثية إلى صحيحة وفاسدة.

١- العرف الصحيح:

والمراد من الصحيح ما يعتد به^(١). وفي التعريفات أنه ما اجتمعت أركانه وشرائطه حتى يكون معتبراً في حق الحكم^(٢). ويمكن القول إنَّ العرف الصحيح هو الذي لا يخالف قواعد الشريعة، وإن لم يرد نصّ خاصّ في موضعه. وعلى هذا تدخل جميع الأعراف التي نشأت بسبب ما فيها من المصالح المرسلّة، أو التي ليست مخالفة لقواعد الشريعة، أو نصوصها، سواء كانت جالبة لمصلحة، أو دافعة لمفسدة. ويدخل فيها أيضاً الأعراف التي توفرت فيها الشروط السابقة، مما تعارفه الناس في نظام حياتهم، وأحدثوه، وكان ممّا يحقق المصالح المرسلّة. كالأنظمة المنظمة للمرور، وتعيين موظفي الدولة، وواجباتهم، ومراحل التعليم، ودرجاتها، وإنشاء الجامعات والمدارس المهنية، وكالأعراف التجارية، وإجراءات المحاكم والدوائر الرسمية مما جرى العمل به، واستقرّ في محيط المتعاملين بها. ومن هذه العادات والأعراف ما جرى بين الناس من وقف المقولات، وتقديم الخطيب هدايا لخطيبته، دون أن تحتسب من المهر، ودلالات الألفاظ الجارية في الأيمان والعقود من بيع وإجارة، وتقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل وغيرها.

فجميع هذه العادات والأعراف محكمة، إن توفرت شروطها الأخرى، وشروط تطبيق القاعدة.

٢- العرف الفاسد:

والمراد من الفاسد ما لا يعتد به في الجملة، وعند الحنفية ما هو صحيح بأصله لا بوصفه^(٣). وهو يختلف عن الباطل عندهم، في أن الباطل هو ما لا يكون صحيحاً

(١) رسالة الحدود للفتازاني (١٨).

(٢) التعريفات (١١٦)، وانظر: الحدود الأنيقة (٧٤).

(٣) التعريفات (١٤٣)، ورسالة الحدود للفتازاني (١٨).

بأصله، أو ما لا يعتد به ولا يفيد شيئاً^(١). وعند غير الحنفية يُعدّ الفاسد مرادفاً للباطل، ولا ينافيه أن كان مخالفاً في بعض الأبواب^(٢). وفيما نحن فيه أريد بالعرف الفاسد ما كان مخالفاً لقواعد الشريعة، أو مبطلاً لنصوصها، كتعارف الناس كثيراً من المنكرات، مثل خروج النساء كاسيات عاريات، واستحمامهنّ في شواطئ البحار، أو ما يسمونه البلاجات، وهن لا بسات المايوهات التي لا تغطي إلا القليل من الجسم، وربما اقتصرت على السؤاتين، مما هو من أشدّ المنكرات، وتعارف الناس على لعب القمار بأشكاله المتعددة، وكفتح حانات الخمر، واعتياد شربها، وكالتعامل بالربا، بصورة متنوعة، وكالعقود الممنوعة شرعاً، كالرهن الذي يشترط في عقده انتفاع المرتهن بالمرهون، وكالمضاربة التي يشترط في عقدها حصول ربّ المال على ربح معيّن لا نسبي^(٣).

ومن ذلك كثير من الأعراف الجارية بين القبائل في المغرب العربي، كحرمان المرأة من الميراث وعدم مطالبتها بالطلاق بأيّ وجه كان، وعدم ترشيدها مدّة الحياة، وعدم دفع الصداق لها، بل يعطى عن الزوجة مال لأبيها يستردّه الزوج متى طلقها^(٤). إلى غير ذلك من العادات القبيحة والمستهجنة والتي تتعارض مع تعاليم الشارع بشأنها^(٥).

ولا يبنى على هذه الأعراف أحكام، وهي منكراً يتحمّل معتادوها أوزار أعمالهم، وتبعاتها الشرعية.

رابعاً: أقسامه من حيث موافقته للمعنى اللغوي أو عدمها:

والأعراف والعادات تنقسم من هذه الحيثية إلى قسمين: مقرر للمعنى اللغوي وقاضٍ عليه: وفيما يأتي بيان لهذين النوعين بإيجاز:

(١) التعريفات (٣٦)، ورسالة الحدود في الموضع السابق.

(٢) الحدود الأنيفة (٧٤).

(٣) أثر العرف في التشريع الإسلامي (١٤٣).

(٤) العرف والعمل في المذهب المالكي (٢٢١).

(٥) انظر مزيداً من هذه الأعراف في المصدر المذكور في الهامش السابق، وفيما أشار إليه من المصادر التي ذكرت فيها بعض تلك الأعراف.

١- العادات والأعراف المقررة للمعنى اللغوي: وهي العادات والأعراف التي تستعمل الألفاظ بالمعنى اللغوي نفسه، فتكون مقررة لها أو مؤكدة^(١)، لوقوع اليمين على الحقيقة^(٢). كالتعارف على إطلاق الورد على أوراق زهرته. قال المرغيناني (ت ٥٩٣هـ): (وإن حلف على الورد فاليمين على الورق، لأنه حقيقة فيه، والعرف مقرر له)^(٣).

٢- العادات والأعراف القاضية على المعنى اللغوي: وهي العادات المغيرة لحقيقة اللفظ. وفسر كون العادات أو الأعراف قاضية على المعنى اللغوي بأنها غالبية وراجحة على الحقيقة^(٤). مثال ذلك أن البنفسج يطلق في اللغة على عين البنفسج، أي على أوراق الزهرة، ولكنه في بعض الأعراف يطلق على دهن هذا الورد، أي العطر المستخرج منه. قال المرغيناني (ت ٥٩٣هـ): (ولو حلف لا يشتري بنفسجاً، ولا نية له، فهو على دهنه، اعتباراً للعرف، ولهذا يسمّى بائع البائع بنفسج، والشراء يبنى عليه..^(٥) فالعرف في البنفسج قاضٍ على المعنى اللغوي، لأنه مستعمل بخلاف المعنى اللغوي، وفي مذهب الشافعي - رحمه الله - أنه يقع على عين زهرة البنفسج، أي أوراقها^(٦). فيكون العرف، عنده، مقررًا للمعنى اللغوي. وفي المذهب الحنفي وجهات نظر متعددة في هذه المسألة، تبعاً لاختلاف العادات والأعراف، في المدن والمناطق المختلفة كبغداد والكوفة وغيرهما^(٧).

والكلام عن العادات والأعراف المقررة للمعنى اللغوي، أو العادات والأعراف القاضية عليه، سيرد الكلام عنها، عند الحديث عن التعارض بين العرف الاستعمالي

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٢٠).

(٢) الهداية (٧٠/٢).

(٣) المصدر السابق.

(٤) العناية (بهامش فتح القدير) (١٠٩/٤).

(٥) المصدر السابق.

(٦) العناية (بهامش فتح القدير) (١٠٩/٤).

(٧) انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٦٢/٣).

واللغة، وبيان وجهات نظر العلماء فيما يترتب من الأحكام على ذلك، وذكر أمثلة متنوعة بهذا الشأن.

خامساً: أقسامه من حيث مصدره المنشئي له.

وهو، بهذا الاعتبار، قسمان، هما العادات والأعراف التي أقرّها الدليل الشرعي، أو نفاها، والعادات والأعراف التي ليس في نفيها ولا في إثباتها دليل شرعي.

وهذا التقسيم أورده الشاطبي (ت ٧٩٠هـ) في كتابه (الموافقات)^(١). ولم نجد من المناسب أن نسمي ما قابل ما أقرّه الدليل الشرعي، أو نفاها، ليس شرعياً، لأنّ بعض العادات والأعراف التي لم يرد عن الشارع بشأنها دليل، هي من العادات المعتبرة والمعمول بها أيضاً، كما سنلاحظه من كلام الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، وفيما يأتي بيان لهذه الأقسام، كما أوردها الشاطبي (٧٩٠هـ) في كتابه المذكور:

١ - الأعراف والعادات المستندة إلى الدليل الشرعي نفيّاً، أو إثباتاً:

وهي العادات أو الأعراف التي تُعدّ من الأحكام الشرعية، فلا تبديل لها، وإن اختلفت بشأنها الآراء، لأنّ اختلاف الآراء وتبدّلها والحكم عليها بخلاف ما حكم به الشارع من استحسان واستقباح، تغيير وتبديل لحكم الشارع، وهذا لا يجوز. ومن أمثال ذلك ممّا أمر به: الأمر بإزالة النجاسات، والطهارة لمناجاة لربه، وستر العورات، ومن أمثال العادات التي تكوّنت بسبب نهْي الشارع: الامتناع من الطواف بالبيت على العُرْي، وسلامة معاملات الناس عن الغش والخداع والرياء. (فلا يصحّ أن ينقلب الحسن فيها قبيحاً، ولا القبيح حسناً، حتى يقال، مثلاً، إنّ قبول شهادة العبد لا تأباه محاسن العادات الآن فلنجزه، أو أنّ كشف العورة الآن ليس بعييب ولا قبيح، أو غير ذلك، إذ لو صحّ مثل هذا لكان نسخاً للأحكام المستقرة المستمرة، والنسخ بعد موت النبي ﷺ باطل، فرفع العوائد الشرعية باطل)^(٢).

(١) الموافقات (٢/٢٨٣).

(٢) المصدر السابق (٢/٢٨٣، ٢٨٤).

٢- العادات والأعراف التي لم يكن مصدرها الدليل الشرعي. وهذه العادات والأعراف متنوعة، وليست نوعاً واحداً، فمنها ما هو ثابت، ومنها ما هو متبدل.

أ- فالعادات والأعراف الثابتة، مثل وجود شهوة الطعام والشراب والوقاع والكلام والمشي والبطش. وإذا كانت هذه العادات أسباباً لمسيبات، فإنّ الشارع يحكم بها، ويبني الأحكام عليها دائماً.

ب- العادات والأعراف المتبدلة، وهي أقسام متعددة، والأحكام جارية فيها على مقتضى هذه الأعراف والعادات. ومن هذه الأقسام التي ذكرها الشاطبي (ت ٧٩٠هـ):

١- ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبيح وبالعكس، مما يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة. نحو كشف الرأس فهو في البلاد الشرقية، في زمن الشاطبي، قبيح لذوي الروءات بينما هو غير قبيح في البلاد المغربية، والحكم الشرعي يختلف باختلاف هذه العوائد، فكشف الرأس قاذح في العدالة في بلاد المشرق، وليس قاذحاً فيها في البلاد المغربية.

٢- ما يكون متبدلاً من دلالات الألفاظ، فتصرف الألفاظ إلى المعاني المتعارف عليها، والتي يتبادر الذهن إليها عند الاستعمال، سواء كان بالنسبة إلى الأمم، أو إلى الأمة الواحدة، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع، أو بغلبة الاستعمال في بعض المعاني، فالحكم يتنزل على ما هو المعتاد فيه، ومن ذلك ألفاظ الأيمان والعقود والطلاق، كناية أو تصريحاً.

٣- ما يكون متبدلاً أو مختلفاً في الأفعال، سواء كان ذلك في المعاملات، أو ما هو نحوها. ومثال ذلك أن يعتاد في النكاح قبض الصداق، قبل الدخول، وفي بعض البيوع أن يكون بالنقد، لا بالنسيئة، أو إلى أجل محدود معيّن دون غيره، والحكم فيها يجري على ذلك.

٤- ما يكون مختلفاً ومتبدلاً بحسب أمور خارجة عن قدرة المكلف، كاختلاف الأقطار في الجو حرارة، أو برودة، حيث يكون البلوغ في البلدان الحارة أسرع

منه في البلدان الباردة، وحيث تختلف مدة الحيض، أو عودته في كل شهر، أو أكثر منه. فمثل هذه العادات المتأثرة بهذه العوامل الخارجة عن إرادة المكلف، مما يراعى في الأحكام الشرعية، ويحكم بموجبه.

٥- ما يكون مختلفاً بحسب خوارق العادات، وفي هذه الحالة تراعى العادات المتكوّنة بما هو خارق للعادة، ولا ينزل الحكم على العادة الزائلة، إلا إذا رجعت بما هو خارق للعادة أيضاً، ومعنى خوارق العادات، هو أن يحصل للشخص أمر بخلاف ما هو طبيعي ومعتاد، كأن يبول، أو يتغوّط من جرح حدث له، حتى أصبح ذلك الجرح هو المخرج المعتاد له. وأصبح المخرج المعتاد في الناس، بالنسبة له، في حكم العدم.

وحكم هذه العادة أن تبنى عليها الأحكام، وتنزل على مقتضاها، وهذا كله بالشرط المذكور، وهو صيرورة العادة بين الناس بالنسبة إليه في حكم العدم، وإلا فإن لم تصر كذلك فإن حكمه يكون تابعاً للعادة العامة بين الناس^(١).

الفرع الثالث: الفرق بين العرف والمصطلحات ذات العلاقة

أولاً: الفرق بين العرف والعادة في رأي الفقهاء

عند النظر فيما ذكرناه من تعريفات للعرف والعادة تظهر لنا بعض الفروق بينهما، وقد تعددت وجهات النظر في تحديد هذه الفروق، وسنذكر ما قيل في هذا المجال، فمما قاله بعض هؤلاء من الفروق، وإن كانت ليست موضع اتفاق بينهم:

١- أن العرف والعادة لفظان مترادفان. وهو رأي من جمع بين العرف والعادة بتعريف واحد كالنسفي (ت ٧١٠هـ) ومن تابعه في ذلك. كابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) في رسالته (نشر العرف)^(٢)، وكثير من شراح المجلة، كعلي حيدر^(٣)، وسليم رستم باز

(١) الموافقات (٢/٢٨٥).

(٢) ص (٣).

(٣) درر الحكام (١/٤٠).

(ت ١٣٣٨هـ)^(١)، والأتاسي (ت ١٣٥٩هـ)^(٢) وغيرهم. لكن ابن عابدين نصّ على أنهما -أي العرف والعادة- بمعنى واحد من حيث الما صدق، وإن كانا مختلفين من حيث المفهوم^(٣).

٢- أن العادة هي عرف عملي، كما في تعريف ابن الهمام (ت ٨٦١هـ)^(٤)، أي إن العرف أعمّ من العادة، لأنّ العرف يكون قولياً وعملياً. فعلى هذا تكون كلّ عادة عرفاً، وليس كلّ عرف عادة، فبينهما العموم والخصوص المطلق، والعرف هو الأعم مطلقاً.

٣- إن العادة مخصوصة بالفعل، والعرف مخصوص بالقول، أي أنهما متباينان. وقد نسب الشيخ أحمد فهمي أبوسنة هذا الرأي إلى شمس الدين الفناري (ت ٨٣٤هـ)، ونقل عنه قوله في فصول البدائع (حصر المشايخ قرينة المجاز في خمسة، ما بدلالة العرف قولاً، والعادة استعمالاً)^(٥). لكن صاحب كشف اصطلاحات الفنون ذكر هذا الفرق وقال أنّ ذلك من التلويح^(٦).

٤- أنّ العادة قد تكون فردية، ولكن العرف لا يكون إلاّ من الجماعة، فبينهما -على هذا- العموم والخصوص المطلق، فكلّ عرف عادة، ولا عكس.

ومهما يكن من أمر فإنّ هذه وجهات نظر في الموضوع، والأساس هو أن يعتمد معنى كلّ منهما، ونحن إذا تأملناهما وجدنا أنّ الأساس في كلّ منهما هو التكرار، وإلف الشيء واستساغته، غير أنهم لا يطلقون العرف إلاّ على ما هو من جماعة، ويطلقون العادة على كلّ منهما وهذا يصحح أن تكون العادة أعم، فكلّ عرف عادة ولا عكس.

(١) شرح المجلة (٣٤).

(٢) شرح المجلة (١/٧٩).

(٣) ص (٣).

(٤) التحرير بشرح تيسير التحرير (١/٣١٧).

(٥) العرف والعادة (١١)، نقلاً عن فصول البدائع (٢/١٥٩).

(٦) كشف اصطلاحات الفنون (٢/٩٥٧).

ثانياً: الفرق بين العرف والعادة في رأي رجال القانون

يفرق رجال القانون بين العرف والعادة بطائفة من الأمور، نذكر منها ما يأتي:

١- أن العرف يلزم لقيامه توفر الركنين المادي والمعنوي الذين بينا معناهما، ووجه اشتراطهما. أما العادة فيكفي لقيامها توفر العنصر المادي فقط، أي تكرار العمل بها. فهي على هذا قاعدة عرفية ناقصة النمو، لافتقارها إلى العنصر المعنوي أو النفسي، أي عنصر الإلزام.

٢- إن العادة لا تعتبر قاعدة قانونية في ذاتها، ولا تُلزم أحداً، غير أنه من الجائز أن يتفق العاقدان صراحة، أو ضمناً على اتباعها، وحينئذ يكون إلزامها متأتياً من رضا العاقلين واتفاقهما على اتباعها، فيكون لها قوة الإلزام، ولكن بشرط أن لا تخالف النظام العام والآداب.

أما العرف فإنه ملزم، وليس لأحد أن يعتذر بجهله.

٣- إن المحاكم تطبق العرف من تلقاء نفسها، كما تطبق نصوص القانون، وإن لم يطلب الطرفان ذلك، أما العادة فيجب على من يتمسك بها أن يطلب من المحكمة تطبيقها.

٤- أن العرف مما يجب على المحكمة أن تتحرى عن وجوده بنفسها، كما تبحث عن نصوص التشريع الحاكمة للقضية المنظورة، وليس لها أن ترفض تطبيقه بحجة عدم قيام مدعيه بإثباته. أما العادة فإن على صاحب المصلحة إثباتها، لتحكم المحكمة بموجبها^(١).

هذا ومما يجدر ذكره أنهم مثلوا للعادة الاتفاقية التي لم تتحول إلى عرف بما يجري التعامل به في بعض المدن من أن المستأجر يتحمل ثمن المياه، وما يجري عليه التعامل أيضاً عن بيع بعض أنواع السلع المعاشية من احتساب المائة مائة وعشرة، أو مائة وعشرين،

(١) المدخل لدراسة القانون للدكتور علي محمد بدير (١٧٨-١٨٠)، والمدخل لدراسة القانون للدكتور أحمد سلامة (١٧٢-١٧٤).

وما يجري عليه التعامل من إضافة نسبة معينة إلى الثمن على سبيل الحذف، أو الهبة، أو غير ذلك^(١).

ثالثاً: الفرق بين العرف والإجماع

يخلط جمهور المستشرقين بين العرف والعادة والإجماع، وهو أمر ترتب عليه الخطأ الفاحش في الاستنتاج. وزعموا أنّ فكرة الإجماع التي ثبتت قواعدها خلال التطور الذي مرت به الشريعة الإسلامية، هو عنصر من عناصر التوفيق والتقريب بين السنة والبدع المستحدثة. فإذا ما اتبع المسلمون عادة ما، أو تقليداً من التقاليد، وارتضاه جمهورهم، زمناً طويلاً، ولم ينكروه أصبح جزءاً من السنة. ويمثلون لذلك باحتفالات المولد النبوي التي كانت بدعة، وربما أنكرت، ولكن لم يكتب لهذا الإنكار أن يزيل ظاهرة الاحتفال بها، وعلى مرّ السنين تأصلت حتى صارت سنة، ويزعمون أنّ الاعتداد بالإجماع كان من تأثير القانون الروماني بمصادر التشريع^(٢).

وهذا من الجهل أو المغالطات، فالعرف لا يحوّل البدع إلى سنن، وما كان بدعة فهو بدعة لا يتغير وضعها ولا حكمها في الشرع، ولو اجتمع أهل الأرض كلهم على عمل من الأعمال، المنافية للشرع، لم يحوّل ذلك إلى أمر مشروع، ولا إلى سنة.

والدخول في مناقشات هذه الآراء يخرج بنا عن الموضوع، ولهذا فسكتني بذكر الفروق بين الإجماع والعادات والأعراف، وبها يتضح وجه الخطأ والمغالطات فيما ذكره. ومما ذكر من الفروق:

١- أن الإجماع لا ينعقد إلا باتفاق مجتهدي الأمة، أو أهل الحلّ والعقد فيها جميعهم، أما العرف فهو اتفاق غالب الأمة، أي أكثرها، على أمر من الأمور، سواء كان فيهم مجتهدون أو لم يكن.

٢- أنّ الإجماع لا ينعقد عند مخالفة أحد من المجتهدين، أمّا العرف فلا يؤثر فيه شذوذ

(١) المدخل لدراسة القانون للدكتور سلامة (١٧٢).

(٢) المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامي للدكتور عجيل النشمي (١٢٧-١٤٣).

طائفة عن العمل به.

٣- إن الإجماع يتحقق بمجرد اتفاق المجتهدين على الحكم، إلا على رأي من يشترط انقراض العصر، أما العرف فلا يتحقق إلا بعد الاستمرار والدوام عليه.

٤- أن الإجماع متى تحقق لا يكون فاسداً أو باطلاً، لأنه مبني أساساً على دليل شرعي. أما العرف فمن الجائز أن يكون فاسداً، بأن يتعارف الناس على أنواع من البدع والمحرمات، وبما هو مخالف لنصوص الشارع أو مقاصده، كخروج النساء متبرجات، وكتعاطي الربا، وغير ذلك.

٥- إن الإجماع متى تحقق فهو عند العلماء يكون ملزماً وحجة قطعية على حكم ما أجمع عليه، أما العرف فلا إلزام فيه ما لم يكن مستنداً إلى دليل شرعي معتد به من نص، أو إجماع.

٦- إن الإجماع القطعي لا تجوز مخالفته، ولا يتبدل أو يتغير، أما العرف فمن الجائز أن يتغير أو يتبدل. أي إن الإجماع ثابت والعرف متغير^(١).

٧- أن الإجماع، وفق التصوير الأصولي، لا بد أن يكون له مستند، في الأدلة الشرعية، ولم يشترط ذلك في العرف.

(١) انظر في ذلك:

مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه للشيخ عبد الوهاب خلاف (١٤٥، ١٤٦)، والاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور الطيّب خضري السيد (٢/ ١٨٤، ١٨٥).

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الثاني

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أركان القاعدة.

المطلب الثاني: شروط القاعدة.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الثاني أركان القاعدة وشروطها

المطلب الأول: أركان القاعدة

الركن في اللغة هو الجانب القوي من الشيء، وفي الاصطلاح، هو ما لا وجود للشيء إلا به^(١). أو أنّ ركن الشيء ما يتم به، وهو داخل فيه^(٢).

وعند النظر إلى قاعدة (العادة محكمة) نجد أنها قضية حملية موجبة موضوعها (العادة) ومحمولها (محكمة)، وهما بشروطهما يمثلان ركني هذه القاعدة. فالركن الأول في القاعدة هو (العادة)، والركن الثاني هو تحكيمها وإعمالها في الأحكام، فمتى ما وجدت العادة بشروطها، وتمّ تحكيمها فقد تحققت القاعدة، وفيما يأتي بيان هذين الركنين:

الفرع الأول: الركن الأول: العادات والأعراف

ذكرنا أنّ الركن الأول لقاعدة (العادة محكمة) هو العادة أو العرف. ولم أجد للعلماء المتقدمين كلاماً عن بيان أركان العادة، أو العرف، إنما ذكروا طائفة من شروط العمل بها. لكن بعض العلماء المعاصرين تكلموا عن ذلك، تأثراً بما فعله رجال القانون. ونظراً إلى وجود بعض الفروق بين وجهتي نظر علماء الشريعة ورجال القانون، فإنني سأذكر رأي كل منهما، ثم أبين الفرق بين الاتجاهين، في بيان الأركان، ثم أبين ما أراه في المسألة.

لقد جعل الشيخ أحمد فهمي أبوستة، ومن تابعه من الذين كتبوا في هذا الموضوع، تعريف العادة، أو العرف، أساساً لبيان ركنهما، فالعادة بحسب ما ذكرنا لها من تعريف، هي الأمر المتكرر، سواء كان من غير علاقة عقلية، أو لعلاقة عقلية، ووفق

(١) كشف الأسرار للبخاري (٣/ ٣٤٤).

(٢) التعريفات للجرجاني (٩٩)، وفي أصول السرخسي: إنّ الركن ما يقوم به الشيء (٢/ ١٧٤)، وتابعه على ذلك صدر الشريعة في التوضيح بشرح التلويح (٢/ ١٣٢)، وابن ملك في شرح المنار (٧٨١)، وانظر الحدود الأنيقة (٧١).

من سوى بينها وبين العرف هي ما استقرّ في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول. وقد رتب على التعريف الأخير أن للعادة ركنين، هما:

١ - الاستعمال المتكرر، يضاف إليه المعقولية، وفق وجهة من أدخل ذلك في معنى العرف أو العادة.

٢ - رضا وقبول أصحاب الطباع السليمة في المجتمع.

والتعبير بالاستعمال المتكرر، وإن لم يرد في تعريف العرف بلفظه، لكنّه مما يلزم عنه الاستقرار في النفوس، فأثرنا ذكر الملزوم لكونه الأصل، ولتردد استعماله عند أكثر الباحثين.

أما رجال القانون فيرون أنّ العرف هو عادة تواضع الناس على اتباعها معتقدين في قوتها الملزمة، أو على وجه أكثر تفصيلاً هو سنة يضعها الناس أنفسهم ويتبعونها، على نسق متواتر حتى تصبح عامة. على نحو ما يعتقدون معه أنها ملزمة لهم في التعامل^(١). ولا تتحقق القاعدة العرفية عندهم ما لم يتوفر فيها عنصران أو ركنان هما:

١ - العنصر المادي وهو اعتياد الناس على متابعة سلوك معين.

٢ - العنصر النفساني أو المعنوي: وهو استقرار الإيمان في نفوسهم بالقوة الملزمة لهذا السلوك^(٢).

فبدون هذين الركنين لا تتحقق قاعدة عرفية. وأن التحقق من وجودهما في عادة ما فيه نوع من العسر. ولكن مع ذلك يعتبر التحقق من توفر العنصر المادي أكثر يسراً

(١) دروس في مقدمة الدراسات القانونية للدكتور محمود جمال الدين زكي (١١٢).

(٢) دروس في القانون للدكتور شمس الدين الوكيل (١٠٧)، ومبادئ نظام الحكم في الإسلام للدكتور عبد الحميد متولي (١٣٠ و ١٣١)، وأصول القانون للدكتور مختار القاضي (١٩٣).

ووضوحاً من التحقق من توافر العنصر النفساني^(١)، وذلك بسبب أن العنصر المادي يُتأكد من وجوده بملاحظة مظاهر خارجية ملموسة، بينما العنصر المعنوي يستفاد من المشاعر النفسية الكامنة^(٢). ورجال القانون كالفقهاء المسلمين لا يرون أن تحقق ركن العرف كاف للعمل به بل لا بد من شروط وراء ذلك.

مقارنة بين رأي الفقهاء ورجال القانون:

ومن تأمل ما ذكرناه من تعريف فقهاء المسلمين يتبين أنه لا يشمل سوى الركن المادي للعرف عند القانونيين، أما الركن المعنوي فلا يشمل هذا التعريف^(٣). وقد ذكر الشيخ أبو سنة أن الإلزام هو أحد شروط اعتبار العرف عند رجال القانون مع أنه، كما علمنا، ركن فيه لا شرط. وذكر أن الفقهاء وإن لم يصرحوا به في كتبهم إلا أن قواعد الفقه الإسلامي لا تأبى اشتراطه، بل أنه أورد مسألتين فقهييتين من مذهبي المالكية والحنفية استنتج منهما التفريق بين العرف الملزم والعرف غير الملزم، وتوصل إلى أن العرف الملزم هو الذي يعتبر في المعاملات وهو الذي يصلح مستنداً لإثبات الحقوق^(٤).

غير أنه ينبغي لنا أن نعلم أن العرف بمجرد أنه لا يمكن أن تكون له قوة ملزمة في الشريعة الإسلامية، إن كان غير متفق مع روحها، أو كان مخالفاً لنصوصها ومبادئها العامة. فالشريعة الإسلامية إلهية لا تُعدّلها الأعراف، بخلاف القوانين الوضعية التي كانت أسسها أعرافاً فتعدّلها الأعراف. وهذا هو السبب الذي منح العرف سلطة واسعة في القانون الروماني وجعله قادراً على تعديل النصوص، وفي قوة القانون المكتوب^(٥).

(١) ويرى رجال القانون أن الركن المعنوي الذي هو اعتقاد الجماعة بلزوم اتباع عادة معينة، وبأن اتباعها يوجب توقيع جزاء مادي على الخارج عليها، هو الذي يميز القاعدة العرفية عن غيرها من القواعد والعادات الاتفاقية أو الاجتماعية. راجع: محمود جمال الدين زكي، د. شمس الدين الوكيل. د. عبد الحميد متولي في المصادر السابقة.

(٢) دروس في القانون للدكتور شمس الدين الوكيل (١٠٧).

(٣) مبادئ نظام الحكم في الإسلام للدكتور عبد الحميد متولي (١٣١).

(٤) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٦٦ و ٦٧).

(٥) مبادئ أصول القانون لعبد الرحمن البزاز (١٢٩).

ولهذا فينبغي حمل كلام الشيخ أبي سنة على الأعراف التي لا تخالف نصوص وروح الشريعة. ومن وجوه الافتراق بين تعريف فقهاء المسلمين ورجال القانون للعرف. أن الفقهاء خصّوا العرف بما كان مقبولاً عقلاً، وجعلوا معقولية المتكرر ركناً فيه، بينما لم يفعل رجال القانون ذلك. نعم ورد في الشريعة الإنكليزية ما يفيد أن من شروط العرف أو من الأركان اللازمة لصيرورته قانوناً ملزماً، هو أن يكون معقولاً. ولم يتحدد مفهوم المعقولية على وجه دقيق، ولكن وردت تعابير يفهم منها أن المعقول (ما كان منطبقاً مع المبادئ الرئيسية للحق والباطل)^(١). أو أنّ العرف يكون غير معقول إذا كان يدعو إلى المحاباة أو تشتم منه رائحة التحيز^(٢). ولهذا فإن القضاء الإنكليزي لا يأخذ بالعرف غير المعقول، بل إنه يملك إبطاله أخذاً بالحكمة القائلة (العرف السيء ملغى)^(٣). ومن المؤسف أنّي لم أجد للفقهاء المسلمين ضوابط لما هو معقول في هذا الموضوع، ولهذا فالذي أظنه هو أن يكون ضبط معقولية الشيء بمناسبته، وبتحقيقه رفع الحرج، وموافقته المبادئ العامة للشريعة.

ما نراه في أركان العادة والعرف:

إنّ ما عرضناه فيما تقدّم هو ما قيل في أركان العادة أو العرف عند الفقهاء ورجال القانون، لكننا نرى رأياً آخر في المسألة، إذ إنّ الذي يترجّح لدينا أنّ أركان العادة أو العرف ثلاثة، هي:

١- المعتاد: وهو الشخص في العادة الفردية، أو الجمهور في العادة الجماعية أو العرف.

(١) المصدر السابق (١٥٩-١٦١).

(٢) اجمل أحد المؤلفين الإنكليز الحالات التي يكون فيها العرف متحيزاً بالقواعد الأربع الآتية:

أ- إذا كان يحقق ضرراً عاماً من أجل مصلحة أي شخص.

ب- إذا كان يحقق الضرر لأي شخص حين لا يكون هناك ضرر مماثل، أو منافع متقابلة للآخرين في القضية ذاتها.

ج- إذا كان العرف يقرر أن يكون المرء قاضياً في قضيته الخاصة.

د- إذا فرض العرف خسارة على جانب دون منفعة مقابلة.

(راجع: عبدالرحمن البراز في مبادئ القانون المقارن ص ١٦١).

(٣) مبادئ أصول القانون لعبدالرحمن البراز في الموضوع السابق.

٢- المعتاد عليه ؛ أو محل الاعتقاد، إن صحَّ التعبير، كالألفاظ المستعملة في معنى عرفي يختلف عن المعنى اللغوي، وكالأفعال المعتاد أو المتعارف عليها، أو المشتريات الثقيلة المعتاد نقلها من قبل البائع إلى محل المشتري وكأدوات السيارات الاحتياطية، المعتاد اعطاؤها إلى مشتري السيارة الجديدة، وغير ذلك.

٣- الاعتقاد، أي تكرار العمل بما اعتيد عليه، ونقصد بذلك أنه إذا جرى إطلاق الألفاظ على معانٍ خاصة من قبل الأفراد، أو الجماعات. أو جرى العمل وفق تصرفات معينة من قبلهم، فإن هذا لا يكون عادة أو عرفاً إلا إذا تكرر المرّة، بعد الأخرى، وهو ما أطلقنا عليه الاعتقاد.

وأما ما عدا ذلك فعده من الأركان لا يتفق مع مفهوم الركن وحقيقته في الاصطلاح، ولهذا فيغلب على الظن أن عدَّ الشعور بالقوة الملزمة الذي يذكره رجال القانون، ركناً في العرف والعادة، لا يستقيم، وهو إلى الشروط أقرب منه إلى الأركان. وربما كان هذا هو ما دفع الشيخ أبي سنة إلى أن يقول إنَّ رجال القانون اشتروا في تكوين العرف استقرار الإيمان في نفوسهم بالقوة الملزمة للسلوك الذي اعتاد الناس على متابعته وتكراره. مع أنهم صرّحوا بركنيته، كما ذكرنا ذلك فيما تقدم. ولا يشكل عدَّ أركان العادة أو العرف ما تقدّم، بما يذكره الفقهاء من إدخال ما هو من السنن الكونية، ككون البذور سبباً لنبات الزرع، أو ككون المصادر المادية والطبيعية، كحرارة الإقليم أو برودته سبباً في سرعة البلوغ أو إبطائه، لا يشكل ذلك ؛ لأنه من الممكن انطباق أركان القاعدة عليها. وتوضيحاً لذلك، نقول :

١- أمّا ما هو من السنن الكونية ككون البذور سبباً لنبات الزرع، فيمكن أن يقال فيه :
إنَّ

المعتاد: هو البذور (تجوّزاً)

والمعتاد عليه: نباتها ونموّها في فترة محدّدة.

والاعتقاد: هو تكرار حصول ذلك فيها.

٢- وأما ما هو من نتائج المصادر الماديّة والطبيعية ككون حرارة الإقليم أو برودته سبباً في إسراع البلوغ، أو إبطائه، فيمكن أن يقال فيه: أنّ

المعتاد: المرأة.

والمعتاد عليه: نزول الدم أو انقطاعه.

والاعتیاد: هو تكرار حصول ذلك منها.

وهكذا يمكن طرد الكلام في جميع العادات والأعراف، والله أعلم.

الفرع الثاني: الركن الثاني للقاعدة، أي تحكيمها وإعمالها.

وهذا هو الركن الذي تتم به القاعدة، ويدونه لا يكون للعادات، أو الأعراف أثر، أو أهميّه في الفقه. ومعنى محكمة أنّها مفوّضٌ إليها الحكم. وهي اسم مفعول من الفعل (حكّم). يقال حكّمت الرجل فوّضت إليه الحكم^(١). وفي اللسان حكّمه في الأمر أجاز حكمه. وفي مادّة الكلمة معانٍ متعدّدة^(٢)، لكن ما ذكرناه، هو الأقرب في تفسير القاعدة، فيكون معنى القاعدة أن العادة، مما يلزم العمل به، عند تحقق الشروط التي سيرد ذكرها فيما بعد.

المطلب الثاني: شروط القاعدة

الشرط في اللغة هو العلامة^(٣). وفي الاصطلاح (هو ما يتوقّف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده)^(٤). أو (هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدمٌ لذاته)^(٥).

(١) المصباح المنير.

(٢) لسان العرب.

(٣) لسان العرب. والشرط بالتحريك العلامة والجمع أشرط، وأشرط الساعة أعلامها. والشرط إلزام الشيء واشترطه في البيع ونحوه، وجمعه شروط.

(٤) التعريفات (١١١)، وذكر تعريفاً آخر هو ما يتوقّف ثبوت الشيء عليه.

(٥) انظر: حاشية القليوبي على شرح الجلال المحلي على منهج الطالبين (١٧٥/١) بحاشيتي قليوبي

وعميرة.

وتعدّ هذه القاعدة من القواعد النادرة التي ذكرت لها شروط في كتب القواعد. لكنّها ذكرت بمجملّة ومطلقة دون بيان ما إذا كانت شروطاً في تكوين القاعدة، أي شروطاً لا توجد القاعدة دون تحقّقها، أو كانت شروطاً متعلّقة بالتطبيق على الوقائع. ولهذا رأينا أن نميّز بين هذين النوعين من الشروط، وأن نضيف إلى ما ذكرناه طائفة أخرى من الشروط يقتضيها تطبيق القاعدة على الوقائع الجزئية. وسوف نبحث هذين النوعين من الشروط في الفرعين الآتين.

الفرع الأول: شروط تكوين ووجود العرف أو العادة

لقد ذكرنا أنّ للقاعدة ركنين هما العرف أو العادة، وتحكيمهما. وأنّ العادة أو العرف الذي هو أحد ركني القاعدة له أركان أيضاً لا يتحقق من دونها. غير أنّ هناك شروطاً لهذا الركن لا بدّ منها لتحقيقه. والذي ظهر لنا بعد النظر والتأمّل في جملة الشروط المذكورة للعادة أو العرف، أنّ الذي يتعلق بتكوين العادة أو العرف شرطان منها، وهما:

١- أن تكون العادة أو العرف مطردة أو غالبية.

٢- أن تكون عامّة.

وفيما يأتي بيان وتوضيح هذين الشرطين:

أولاً: أن تكون العادة، أو العرف، مطردة أو غالبية. قال ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ): (إنّما تعتبر العادة إذا اطردت، أو غلبت)^(١) وقال السيوطي (ت ٩١١هـ): (إنّما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا)^(٢) والمقصود بالإطراد الوارد في كتب الفقهاء، أن تكون العادة كلية، بمعنى أنها شائعة مستفيضة بحيث يعرفها جميع الناس، في البلاد كلها، أو في الإقليم الخاص، أو بين أصحاب المسلك أو الحرفة المعينة. وفُسّر معنى المعرفة هنا من قبل بعض رجال القانون بأنه متابعة الناس سلوكاً بصفة متكررة ومنظمة

(١) الأشباه والنظائر (٩٤).

(٢) الأشباه والنظائر (١٠١).

أي أن يتبعه الأفراد المعنيون به بانتظام، فلا يلتزمونه حيناً ويهملونه حيناً آخر. فإذا جرى العرف على تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل فإنه لا يكون مطرداً إلا إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح^(١).

وأما المقصود بالغلبة فهو أن تكون القاعدة معروفة في الأكثرية أي أنها لا تتخلف كثيراً^(٢)، بأن يكون جريان أهل العرف عليها حاصلًا في أكثر الحوادث^(٣).

والعبرة في الاطراد والغلبة ينظر فيها إلى واقع الحال في التطبيق ولا عبرة للشهرة في كتب الفقهاء، ولهذا قالوا: ينبغي على المفتي أن ينظر في عوائد بلد من يسأله، فيبني أحكامه عليها، لا على ما اشتهر في كتب المذاهب^(٤).

وترك الناس له في وقائع قليلة لا يؤثر في ذلك، لأن العبرة للغالب الشائع لا للقليل النادر. قال الشاطبي (ت ٧٩٠هـ): (وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدر في اعتبارها، انخراطها ما بقيت عادة في الجملة). ثم يبين معنى الإخترام، وأجابه عن ذلك^(٥).

وبهذا الشرط يخرج العرف المشترك، وهو ما تساوى فيه الجري على العادة والتخلف عنها، إذ هو غير معتبر، ولا تبنى عليه الأحكام^(٦) ومما فرعوا على ذلك: أن التبايع إذا وقع بدراهم مطلقة حملت على النقد الغالب، وإذا كانت العادة مضطربة وجب البيان وإلا بطل البيع^(٧)، وإن وجد عرف في البلد الذي حصل فيه الزواج بأن جهاز الأب لبنته من ماله يعتبر عارية، ووجد عرف آخر بأنه يعتبر هدية وتمليكاً، وتساوى العرفان، فقام

(١) مقدمة في الدراسات القانونية للدكتور محمود جمال الدين زكي (١١٠).

(٢) مبادئ القانون المقارن لعبد الرحمن البراز (١٦٦)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (٥٦).

(٣) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (٨٧٠ / ٢).

(٤) العرف والعادة في رأي الفقهاء في الموضوع السابق.

(٥) الموافقات في أصول الشريعة (٢٨٨ / ٢).

(٦) نشر العرف (٣٠).

(٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٥، ٩٩)، وشرح المجلة للأتاسي (٩٥ / ١)، ومبادئ القانون المقارن للبراز

(١٦٦)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (٥٦).

الأب بتجهيز بنته من ماله الخاص، فزفت إلى زوجها، ثم حصل نزاع بينهما واختلفا في أن الجهاز عارية أو هدية، فادعى الأب أنه عارية ليتسنى له الرجوع عليها واسترداده منها، وطالبها برده إليه، وأنكرت هي ذلك، وادعت أنه هبة وتقليد حتى لا يملك حق الرجوع عليها بسبب القرابة المحرمة المانعة من الرجوع في الهبة، ولم يكن لأي منهما دليل على دعواه، لم يصلح هذا العرف المشترك دليلاً لأحد الخصمين، إذ لا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر، لتساويهما^(١). وإنما لم يؤخذ بالعرف المشترك، لأنه لما كان مشتركاً صار متعارضاً، فالعمل بأحدهما ترجيح بلا مرجح، فلا يبنى عليه الحكم^(٢). ويُعدّ كأن لم يكن، إذ لم يتحقق العرف بمعناه المطلوب.

وقد ذكروا أنّ العرف المشترك لا يقضي على الألفاظ والأدلة، تقييداً وإبطالاً، للتعارض الموجود بين العرفين^(٣).

وعلى هذا الشرط جاءت المادتان (٤١، ٤٢) من مجلة الأحكام العدلية حيث نصّت أولاً على أنه (إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت)، ونصّت الثانية على أنّ (العبارة للغالب الشائع لا للنادر).

ثانياً: أن يكون عاماً: أي في جميع بلاد الإسلام، وهذا هو القول الراجح في المذهب الحنفي، قال ابن نجيم: (هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ولو خاصاً؟ المذهب الأول)^(٤)، وقال الزيلعي في تعليقه لعدم استتجار الحائك ببعض ما يخرج من عمله (وكان مشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول، ونسج الثوب ببعض المنسوج، لتعامل أهل بلادهم بذلك، وقالوا: من لم يجوّزه إنما لم يجوّزه بالقياس على قفيز الطحان، والقياس يترك بالتعارف)^(٥) وقال (ومشايخنا رحمهم الله لم

(١) المدخل الفقهي العام في الموضع السابق.

(٢) نشر العرف (٣٠، ٣١).

(٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء في الموضع السابق.

(٤) الأشباه والنظائر (١٠٢).

(٥) تبين الحقائق (١٣٠ / ٥).

يجوزوا هذا التخصيص، لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة، وبه لا يخص الأثر، بخلاف الاستصناع فإن التعامل به جرى في كل البلاد ويمثله يترك القياس ويخص الأثر^(١).

والذي يظهر أن كلامهم هذا ليس على إطلاقه، لأنهم اعتدوا بالأعراف الخاصة، وبنوا عليها كثيراً من الأحكام، وقد قالوا: أن من حلف لا يأكل الخبز حنت بما يعتاده أهل بلده، ففي القاهرة لا يحنث إلا بخبز البر، وفي طبرستان ينصرف إلى خبز الأرز، وفي زبيد إلى خبز الذرة والدخن^(٢). وحكموا العرف الخاص في الاختلاف في متاع البيت، وفي دخول العلو في بيع البيت أو عدم دخوله، ونصّوا على أنه يعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله^(٣).

أما الشافعية فالذي يظهر من مذهبهم الأخذ بالعرف الخاص في الموضع الذي عم فيه، قال ابن الصلاح في ضمن إجابته عن السؤال: أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العرف العام؟ والنظار تنزله في أهله بتلك المنزلة^(٤). جاء في مغني المحتاج (والحاصل أنه يعتبر في كل ناحية عرفها، وفي كل قوم عرفهم، باختلاف طبقاتهم)^(٥). وقد ذكروا طائفة من العادات والأعراف الخاصة المنزلة منزلة العادات والأعراف العامة^(٦). وقد ذكر السيوطي (ت ٩١١ هـ) ضابطاً في ذلك هو أن العرف الخاص، إن كان محصوراً، لم يؤثر في الأصح، كما لو كانت عادة امرأة في الحيض أقل مما استقرئ من عادات النساء. فإنها ترد إلى الغالب، وقيل تعتبر عاداتها^(٧). وإن كان غير محصور فإنه ينزل منزلة العرف العام، في الأصح. ومما مثلوا له أنه لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً، وإمساك مواشيهم نهاراً، ففي الأصح في مذهب الشافعية أن ذلك ينزل منزلة العام

(١) تبيين الحقائق (٥ / ١٣٠).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٧).

(٣) نشر العرف (٣٠).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (١١٢)، والمجموع المذهب (٢ / ٤٢٩).

(٥) مغني المحتاج (٢ / ٤٠٥)، نقله مصطفى عبد الرحيم أبو عجيبة في كتابه أثر العرف (٢٢٧).

(٦) القواعد للحصني (١ / ٣٧٩).

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٥).

في العكس من ذلك. واستدل لذلك بحديث محيصة أَنَّ ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فيه، ففضى رسول الله ﷺ أَنَّ على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل^(١).

ولهذا فينبغي حمل اشتراط العموم على نوع معين من أنواع العرف. وقد فسّر ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) ما نقله ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) في الأشباه عن البرازية من أَنَّ الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص، بأن معنى عدم اعتباره إياه إذا وجد نصٌ بخلافه لا يصلح ناسخاً للنص، ولا مقيداً له، وإلاّ فقد اعتبروه في مواضع كثيرة، منها مسائل الإيمان، وكل عاقد وواقف وحالف يحمل كلامه على عرفه، كما ذكره ابن الهمام^(٢) فالمشترط فيه العموم إذن هو العرف القاضي على الأدلة أي الذي يقيد النصوص ويخصصها وينسخها، أما ما عداه فلا يشترط فيه ذلك، ولهذا فإن العموم في جميع بلاد الإسلام ليس شرطاً للعمل بالعرف مطلقاً، وإنما هو شرط للعمل به عند معارضته الأدلة الشرعية.

ومن الجدير بالذكر أن رجال القانون يعدّون العرف الشائع في منطقة معينة عرفاً عاماً، ويسمّونه العرف المحلي، وكذلك الأمر إن شاع بين طائفة من الناس، أو صنف في الأصناف كالأعراف الجارية بين التجار، أو الصناع، أو الزرّاع^(٣).

وعلى هذا فإنّ الأعراف التي يسمّيها الفقهاء خاصة، هي عامة، عند رجال القانون. أي أنّ العموم هو في المجال الخاص. أو المحلي. وهو أمر قد حكّمه الفقهاء، كما يبدو من قواعدهم، وضوابطهم الفرعية، كقولهم (المعروف بين التجّار كالمشروط بينهم)، والتجّار فئة محدودة، أو شريحة خاصة من المجتمع. ولو كان العموم بحسب التفسير

(١) رواه أبو داود، وصححه جماعة. كما رواه مالك في الموطأ والدارقطني في كتابه الحدود والديات، والإمام أحمد في مسنده، والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم والبيهقي. قال الشافعي أخذنا به لثبوتِه واتصاله، ومعرفة رجاله. انظر: تلخيص الحبير (٤ / ٨٦).

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٦٠)، نقلاً عن رد المحتار (٤ / ٤١).

(٣) مبادئ أصول القانون لعبد الرحمن البرّاز (١٢٧)، والمدخل لدراسة القانون للدكتور علي محمد بدير (١٧١)، وأصول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصّدة (١٤٤) وما بعدها.

الفقهي، أي العموم في جميع بلاد الإسلام، شرطاً في كل عرف لكان هناك نوع من التعارض بين اشتراط العموم، واشتراط عدم معارضة العرف النص، لأنه إن كان عاماً في جميع بلاد الإسلام فقد سوّغوا له أن يعارض النصوص، فما معنى اشتراطهم بعد ذلك أن لا يخالف النص؟.

الفرع الثاني: شروط تطبيق القاعدة

إذا ما تحققت أركان القاعدة، وشروطها المذكورة، فيما سبق، فقد استوفت العادات والأعراف مقوماتها التكوينية، ولكن لا يلزم تطبيق الأعراف أو العادات إلا عند تحقق شروط معينة أخرى. وفيما يأتي نذكر شروط التطبيق لهذه القاعدة، بوجه عام:

أولاً: أن تتوفر في العادة، بعد استيفاء أركانها، الشروط المطلوب تحققها فيها. وهذا من الأمور الواضحة، لأنه لا يبحث عن التطبيق قبل استيفاء متطلبات تكوين القاعدة.

ثانياً: أن تكون الواقعة المراد تطبيق القاعدة عليها، خالية من الحكم الشرعي الخاص. والثابت بالنص أو الإجماع.

ثالثاً: أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه: إذ أن تحكيم العرف يعود إلى أن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف وعدم اشتراطهما أيّاه صراحة يعتبر إقراراً منهما إياه، فإثبات الحكم العرفي في هذه الحالة هو من قبيل الدلالة، فإذا وقع تصريح بخلافه أصبحت الدلالة باطلة، لكون دلالة العرف أضعف من دلالة اللفظ، فيترجح جانبه أي اللفظ عند المعارضة، قال ابن عبد السلام: كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح^(١)، وقال علي حيدر في شرح المجلة: (أن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد العاقدين)^(٢)، فإذا كان العرف والعادة بين الناس على أن

(١) قواعد الأحكام (٢/١٥٨).

(٢) درر الحكام (١/٤٢).

تكون مصاريف تسجيل العقد علي المشتري واتفق العاقدان على أن يكون ذلك على البائع عمل بهذا الاتفاق ولا عبء للعرف^(١). ولو اتفق العاقدان على أن تكون أجور الدلالة على البائع، عمل بذلك، وإن كان العرف أن تكون على المشتري. ولو اتفقا على أن أجور الكهرباء على المؤجر عمل بالاتفاق، وإن كان العرف أنها على المستأجر.

رابعاً: أن يكون قائماً وقت إنشاء التصرف الذي يحمل عليه: بأن يكون حدوثه سابقاً على وقت التصرف. ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه سواء كان ذلك التصرف قولاً أو فعلاً^(٢). قال السيوطي (ت ٩١١هـ): العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر^(٣). ونص ابن نجيم في الأشباه على مثل ذلك أيضاً، وذكر أنهم قالوا: لا عبء بالعرف الطارئ^(٤)، وكلام السيوطي (ت ٩١١هـ)، وابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، والحصني (ت ٨٢٩هـ) خصّ الكلام بالعرف الذي تحمل عليه الألفاظ، مع أن هذا الشرط يشمل الأقوال والأفعال على السواء، فجميع المعاطاة، ودخول الحمام، من دون تعيين الأجرة^(٥). قال الشاطبي (ت ٧٩٠هـ): وأما الثاني - يقصد العادات التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال - فلا يصح أن يقضى به على من تقدّم البتة، حتى يقوم الدليل على الموافقة من خارج. فإذا كان يكون قضاء على ما مضى بذلك الدليل، لا بمجرى العادة، وكذلك في المستقبل، ويستوي في ذلك - أيضاً - العادة الوجودية والشرعية^(٦). وبناءً على هذا الشرط فإن عبارات الواقفين وشروطهم في حجج الوقف والوثائق المتعلقة بالعقود والالتزامات، وحجج الوصايا وغيرها، ينبغي

(١) العرف في الفقه الإسلامي (١٢).

(٢) المجموع المذهب (٤٢٨)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (٦٥).

(٣) الأشباه والنظائر (١٠٦)، والمجموع المذهب (٤٢٨/٢)، والقواعد للحصني (٣٨٧/١).

(٤) (١٠١).

(٥) العرف والعادة في رأي الفقهاء في الموضوع السابق، والمدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقا (٨٧١/٢).

(٦) الموافقات (٢٩٧/٢).

أن تفسر بالأعراف التي كانت موجودة وقت صدور العقود وإنشاء التصرفات، دون الالتفات إلى الأعراف الحادثة فيما بعد.

خامساً: أن تكون الواقعة المراد تطبيق العرف أو العادة عليها، مما لا يدخل في مجال العبادات والمقصود من ذلك إحداث العبادة، أو تغييرها بالإضافة أو النقص فيها. وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) أن (أحمد وغيره من فقهاء أهل الحديث يقولون: إن الأصل في العبادات التوقيف، فلا يشرع فيها إلا ما شرعه الله - تعالى - وإلا وقعنا في معنى قوله تعالى ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَن بِهِ اللَّهُ﴾ [الشورى: ٢١] ^(١). أما إعمال العادات والأعراف في ضبط الأمور، والكشف عن المناطات فلا يتقيد بباب أو نوع من الأحكام.

سادساً: أن لا يعارض القاعدة ما هو أقوى منها، أو مثلها، سواء كان دليلاً فرعياً خاصاً معتدّاً به، أو قاعدة متفقاً عليها: وفيما يأتي بيان ذلك:

فإن عارض القاعدة ما هو أقوى منها، بأن كانت مخالفة للنص الشرعي سقط اعتبارها، ولم يصح تطبيقها. قال السرخسي: (ت ٤٨٣هـ) وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر ^(٢)، لأن النص أقوى منه، والأقوى لا يترك بالأدنى ^(٣). وقال كمال الدين ابن الهمام (ت ٨٦١هـ) ولأن العرف جاز أن يكون على باطل، كتعارف أهل زماننا على إخراج الشموع والسرج إلى المقابر في ليالي العيد، والنص بعد ثبوته لا يحتمل. أن يكون على باطل، ولأن حجته العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى، ولأن العرف صار حجة بالنص وهو قول النبي ﷺ «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» ^(٤).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٧/٢٩).

(٢) العرف في الفقه الإسلامي لعمر عبدالله (٩) (نقلاً عن المبسوط ١٢/١٩٦).

(٣) الهداية للمرغيناني (٤٧/٣).

(٤) فتح القدير (٢٨٢/٥ و ٢٨٣).

والنص المذكور عند أحمد بن حنبل في كتاب السنة ووهم من عزاه للمسند. وهو موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه وأخرجه البزار والطبراني وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود من الحلية، وهو عند

غير أن هذا الكلام ليس على إطلاقه، بل إن في المسألة تفصيلاً، هو أن العرف الذي يعارض النص إما أن يكون موجوداً حال ورود النص أو يكون حادثاً بعده، وقد فرّق العلماء بين هاتين الحالتين.

أولاً: الحالة الأولى: فالحالة الأولى، أي حالة قيام العرف حالة ورود النص، فإن العرف إن كان قولياً فإن جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية اتفقوا على أنه يقيد المطلق ويخصّص العام^(١). وخالف في ذلك جمهور الحنابلة فلم يروا تخصيص العام ولا تقييد المطلق به^(٢).

فمثال المطلق المقيّد به قوله ﷺ: «يأيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا»^(٣)، فالمراد بالحج معناه المتعارف في اصطلاح الشرع، وهو قصد الكعبة في أشهر الحج المعلومة، لا مطلق الحج الذي هو في اللغة القصد إلى شيء معظم.

ومثال العام المخصّص بالعادة، أنه لو كان من عاداتهم إطلاق الطعام على المقتات خاصة، ثم ورد النهي عن بيع الطعام بجنسه متفاضلاً، فإن النهي يكون خاصاً بالمقتات، تقديماً للحقيقة العرفية على اللغوية^(٤) وكالدرهم، فإنها تطلق على النقد الغالب^(٥).

وأما إن كان العرف القائم حال ورود النص عملياً فإن جمهور الحنفية والمالكية اتفقوا على أنه يقيد المطلق^(٦)، فقول ابن عمر: فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر

البيهقي في الاعتقاد من وجه آخر عن ابن مسعود.

المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة للسخاوي (٣٦٧).

(١) التقرير والتحجير (١/٨٢)، وفواتح الرحموت (١/٣٤٥)، وشرح تنقيح الفصول (٢١١)، ونهاية السؤل (٢/١٢٨).

(٢) التمهيد لأبي الخطاب (٢/١٥٨)، شرح الكوكب المنير (٣/٣٨٨).

(٣) حديث صحيح رواه أحمد ومسلم والنسائي عن أبي هريرة (نيل الأوطار ٤/٢٧٩).

(٤) نهاية السؤل (٢/١٢٨).

(٥) فواتح الرحموت (١/٣٤٥).

(٦) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٩١).

من رمضان صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير على العبد والحر، والذكر والأنثى والصغير والكبير من المسلمين^(١). يحمل الصاع فيه على الصاع الذي كان التعامل جارياً فيه في المدينة وقت صدور فرض الرسول ﷺ ذلك، لا كل صاع. وخالف في ذلك الشافعية والحنابلة^(٢). وأمّا إذا كان النصّ عاماً فقد اختلفوا في تخصيصه بالعرف العملي، فذهب الحنفية إلى تخصيصه به^(٣) وذهب جمهور العلماء إلى عدم جواز ذلك، وإلى أنّه يقضى على العادات بالألفاظ الشرعية.

وقد بين ابن برهان (ت ٥١٨ هـ) ذلك بقوله: (وبيان ذلك أنّ قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]. لو كان مخصوصاً بغير الربا الذي اعتادوه فيما بينهم بطلت فائدة الآية، لأن الآية إنما أنزلت لصدّهم عن العادة الذميمة، ومنعهم منها، فأحرى بما كان اللفظ متناولاً له ودالاً عليه على ما كان شائعاً معتاداً، ولأنّ الحاجة إنّما تدعو إلى بيان ما تعمّ به البلوى، دون ما كان نادراً^(٤)). وعلل ابن السبكي (ت ٧٧١ هـ) ذلك فيما لم يقرّه النبي ﷺ بأنّ أفعال الناس لا تكون حجة على الشرع اللهم إلا أن يجمعوا عليه فيصحّ - حينئذ - والمخصّص الإجماع^(٥). وذكر الرازي في المحصول أنّ الحق أنّ العادة إن كانت موجودة في عصره ﷺ وعلم بها، وأقرّها، كما إذا اعتادوا بيع الموز بالموز، متفاضلاً، بعد ورود النهي، وأقرّه ﷺ فإنّ العادة تكون مخصصة، ولكن المخصّص في الحقيقة هو تقرير النبي ﷺ وإن لم تكن كذلك فلا تخصّص العادة العام^(٦).

(١) حديث صحيح رواه الجماعة عن ابن مسعود، ولأحمد والبخاري وأبي داود، وكان ابن عمر يعطي التمر إلا عاماً واحداً، أعوز التمر فأعطى الشعير. (نيل الأوطار ٤/١٧٩).

(٢) شرح الكوكب المنير (٣/٣٨٧).

(٣) التقرير والتحجير (٢/٢٨٢)، ونيسير التحرير (١/٣١٧)، وفواتح الرحموت (١/٣٤٥).

(٤) الوصول إلى الأصول (١/٣٠٨٣٠٧).

(٥) الإيهام (٢/١٨١).

(٦) المحصول (١/٤٥١ و ٤٥٢)، ونهاية السؤل (٢/١٢٨).

ومما تظهر به ثمة الخلاف، أنه لو قال الشارع حرّمت الربا في الطعام، وكان الطعام الغالب في البلد هو البرّ، فإنّ حرمة الربا تقتصر على البرّ عند الحنفية، وتعمّ كلّ المطعومات، عند الجمهور^(١).

وقد استدل كل فريق منهم لرأيه ببعض الأدلة، ولكنها أدلة محتملة، وإنا لنجد أن الأخذ برأي الحنفية في هذه الجزئية هو المناسب لقصد الشارع من وضع الشريعة للأفهام، فهي شريعة عربية نزلت بلسان عربي مبين، وغرض الشارع أن يفهمها الناس بطريقة سهلة، لا تعسف فيها ولا إلغاز ﴿وَلَقَدْ يَسَّرْنَا الْقُرْآنَ لِلذِّكْرِ فَهَلْ مِنْ مُدَكِّرٍ﴾ [القمر: ١٧]، ولا يكون ذلك إلا باتباع معهود العرب في أعرافهم في الألفاظ والمعاني والأساليب.

وليس في العمل بالعرف تعطيل للنص، لأن النص يبقى معمولاً به في مشمولاته الأخرى التي يتناولها عمومها. وفي ذلك أعمال للعرف والنص «والعرف العملي يدل على حاجة الناس إلى ما تعارفوا عليه، وفي نزاع الناس عما تعارفوه عسر وجرح»^(٢).

على أن العرف العملي المقارن للنص، إن لم يرد عن الشارع ما يبطله فهو دليل على إقراره إياه، وحينئذ يكون داخلاً في السنة التقريرية ويكون تخصيص النص به تخصيصاً بالسنة وهو مما لا نزاع فيه.

ثانياً: الحالة الثانية: والحالة الثانية، أي حالة العرف الحادث بعد النص والمعارض له، قيلت فيها وجهات نظر مختلفة، سنكتفي بإيراد ثلاثة منها مبينين رأينا فيها وما نختاره في هذا الموضوع:

١- الرأي الأول: وخلاصته أن العرف إن خالف النص من كل وجه، بحيث يلزم من العمل به إبطال الحكم الشرعي الذي يثبت بالنص الخاص بالموضوع، فإنه ساقط الاعتبار، ولا شك في رده، كتعارف الناس كثيراً من المحرمات الممنوعة

(١) شرح الكوكب المنير (٣/٣٨٧)، وانظر العرف والعادة في رأي الفقهاء في الموضوع السابق.

(٢) المدخل الفقهي (٢/٨٨٠).

كالربا وشرب الخمر ولبس الحرير^(١)، ولهذا ردّوا على أبي بكر محمد بن الفضل قوله: إن ما تحت السرة إلى موضع نبات الشعر ليس بعورة بالنسبة إلى الرجل، لتعامل العمّال في الإبداء عن ذلك الموضع عند الاتزار، وفي نزاع الناس عن العادة حرج، وقالوا: إن هذا التعامل لا يعتد به لمخالفته قوله ﷺ «عورة الرجل ما بين سرتة إلى ركبتيه»^(٢) والتعامل إنما يعتبر فيما لا نص فيه^(٣).

أما إذا لم يلزم من العمل بالعرف مخالفة الحكم الشرعي الذي ثبت بالنص، وإبطاله من كل وجه، كما لو كان النص عاماً فخالفه العرف في بعض أفرادها، فإنه يعمل بالعرف والنص معاً، إذ يكون العرف مخصّصاً للنص أو مقيداً له، وليس مبطلاً له^(٤)، كما صرّحوا بذلك في مسألة الاستصناع ودخول الحمام والشرب من السقاء^(٥).

وهذا الرأي أورده العلامة ابن عابدين في رسالته (نشر العرف) وذكر أنه استند في ذلك إلى كتاب التحرير لكمال الدين ابن الهمام^(٦)، وقد تابعه على هذا المقياس كثير من المعاصرين كالشيخ عمر عبدالله في بحثه عن العرف.

ولكن الشيخ أحمد فهمي أبوسنة تعقّب هذا القول، ويبيّن أن العرف المعتبر الذي تحدث عنه صاحب التحرير هو العرف القائم وقت ورود النص، كما يفهم من سياق كلامه، أما العرف الذي تكلم عنه ابن عابدين فهو طارئ على النص أو القياس، كما يفهم من تمثيله أيضاً، فاستناده إلى صاحب التحرير لا يفيد^(٧).

(١) نشر العرف (٥).

(٢) الهداية (٤٣/١). وانظر لأجل التعرّف على حقيقة عورة الرجل الأحاديث الصحاح في نيل الأوطار (٦٥/٢) وما بعدها.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٤).

(٤) نشر العرف (٥).

(٥) نشر العرف (٥).

(٦) نشر العرف (٥).

(٧) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٩٩)، ولم يصرّح ابن الهمام بذلك، لكن يفهم ذلك من عرضه لمسألة تخصيص العام وتقييد المطلق بالعرف. انظر التقرير والتحجير (٢٨٢/١) وما بعدها، وتيسير التحرير

على أن هذا المقياس بغض النظر عن قائله لا يصح الأخذ به في العرف الطارئ؛ لما يترتب عليه من المفاصد المؤدية إلى تغيير الشرع، قال الشيخ أبوسنة: «ألا ترى أن لبس الذهب المنهي عنه عام أفراده التختم وغيره، ومع ذلك لو تعارف الرجال التختم لا يجوز تخصيص النص به، وأن الربا عام أفراده المضاعف وغيره، ومع ذلك لو تعارف الناس الربا غير المضاعف لا يصح تخصيص النص به»^(١).

٢- الرأي الثاني: وخلاصته أن العرف الطارئ، إذا أمكن رده إلى أصل من أصول الشرع كالنص أو الإجماع أو الضرورة، صحّ التخصيص والتقييد به إن كان عاماً كالاستصناع وبيع الوفاء، والمخصص أو المقيد في الحقيقة هو هذه الأصول التي رجع إليها العرف.

أما إذا لم يمكن رده إلى أصل من أصول الشرع فلا يصح التخصيص أو التقييد به، سواء كان قولياً أم فعلياً، لأن شرط اعتبار العرف الذي تحمل عليه الألفاظ أن يكون موجوداً وقت صدور الكلام، ولأن العرف العملي قد يكون على باطل.

وهذا الرأي هو للشيخ أحمد فهمي أبوسنة في رسالته عن (العرف والعادة)^(٢) ولكن إذا كان العرف المخالف للنص مدعماً بنص آخر أو بإجماع أو بضرورة فإنه يخرج عن أن يكون معارضة بين نص وعرف، بل هو معارضة بين نص ونص آخر أو إجماع.

٣- الرأي الثالث: وخلاصته أن العرف المعارض للنص، إن كان حادثاً بعده فلا اعتبار له إلا في حالتين:

أ- أن يكون النص التشريعي نفسه معللاً بالعرف، أي مبنياً على عرف عملي قائم وقت ورود النص، فإذا ما تبدل ذلك العرف تبدل حكم النص بالتبعية،

(١) (٣١٧/١) وما بعدها.

(٢) المصدر السابق.

(٢) (٩٥).

ولو كان النص خاصاً، وقد نقل الأخذ بالعرف في هذه الحالة عن الإمام أبي يوسف، خلافاً لغيره من أئمة المذهب الحنفي^(١).

ب- أن يكون النص التشريعي معللاً بعلّة ينفيها العرف الحادث سواء كانت هذه العلة منصوصة أو مستنبطة بطريق الاجتهاد، وهذا الرأي قاله الشيخ مصطفى الزرقا في كتابه (المدخل الفقهي)^(٢).

وما ذكره الأستاذ الزرقا ليس جديداً، ففي الحالة الأولى نجد أن الإمام أبا يوسف في رواية عنه سبق له القول بها، ففي صدد تحريم التفاضل في أصناف الأموال الربويّة الستة، حددت السنة النبوية المقياس الذي يتم به تساويها كيلاً ووزناً، فذهب الجمهور إلى أن ما نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبداً، وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الخنطة والشعير والتمر والملح، وإن ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبداً، وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة^(٣).

وذهب أبو يوسف إلى أن النص في كيل أو وزن هذه الأشياء كان قد ورد بناء على عادة الناس وعرفهم في عصره ﷺ، والنص الذي هو من هذا القبيل، يتبدل بتبدل العادة، ولهذا فإن الاعتبار عنده للعرف والعادة لا للنص^(٤).

والذي يبدو من كلام ابن الهمام أنه يرجّح هذا الرأي، فقد ذكر في معرض تقرير الدليل والرد على مناقشه، ما يستشف منه ذلك، قال: «وأجيب - يقصد دليل أبي يوسف - بأن تقريره ﷺ إياهم ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه، فلا يتغير بالعرف، لأن العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفاً كذا وجه».

ولا يخفى أن هذا لا يلزم أبا يوسف، لأن قصاره أنه كنصّه على ذلك، وهو يقول:

(١) الهداية (٥ / ٢٨٣).

(٢) (٢ / ٩٠٠).

(٣) الهداية في الموضع السابق.

(٤) شرح المجلة لمحمد سعيد الراوي (١ / ٦٧) القسم الأول.

يصار إلى العرف الطارئ بعد النص بناء على أن تغيير العادة يستلزم تغيير النص، حتى لو كان ﷺ حياً لنص عليه^(١).

أما في الحالة الثانية، وهي كون النص الشرعي معللاً بعله ينفى العرف الحادث فقد نص عليها صاحب مسلم الثبوت وشارحه^(٢)، كما فصل الشيخ أبوسنة فيها الكلام في المقال الخامس من رسالته وهو «تبدل الأحكام بتبدل العرف والعادة»^(٣).

وإن تأمل هذه المسألة يدعو إلى الأخذ بهذا الرأي، ويدفع إلى الإيمان بوجاهته، فإذا ثبت أن حكماً شرعياً بني على عادة من العادات، لا نشيء إلا لأنها عادة فإن بقاء الحكم، مع زوال تلك العادة، لا معنى له وإن عدم تغيير الحكم لما يناسب العادة الجديدة فيه حرج ومشقة على العباد لأنه محاولة لنزع الناس عما ألفوه، دون مسوغ أو مبرر.

وما يمكن أن يقال: أن تغيير الحكم بما تقتضيه العادة الجديدة فيه مخالفة للنص مردود، لأن ما يبدو من تعارض إنما هو أمر ظاهري إذ الحكم الجديد لم يبن على العادة القديمة التي بنى عليها حكم النص، ليلزم من ذلك التعارض، كما أن حكم النص غير قائم بعد زوال علته، فلا يقال أن الحكم الجديد مصادم له.

وهكذا الأمر في حالة كشف العرف عن انتهاء العلة أو نفيها وإن انخراط المناسبة بين الحكم والحال التي كانت مفضية إلى تشريعة وزوال المصلحة المقصودة من بقائه يبين لدى التأمل، وعلى ذلك حمل قول الإمام مالك (تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا) قال الزرقاني في شرح الموطأ: (ومراد أنه يحدثوا أموراً تقتضي أصول الشريعة فيها غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر)^(٤)، وقال أشهب عن مالك (يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور)^(٥)، وقد نقل القرافي الإجماع على ذلك^(١)، وتابعه عدد من

(١) فتح القدير (٥ / ٢٨٣).

(٢) فواتح الرحموت (٢ / ٨٤).

(٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٨٣).

(٤) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٨٣)، نقلاً عن شرح الزرقاني على الموطأ (٤ / ٢٠٤).

(٥) المنتقى للباجي (٦ / ٤٦).

العلماء، قال ابن القيم: (إن الأحكام المترتبة على القرائن تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت)، وقال: (قالوا: وبهذا تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهذا مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه، وإن وقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا)^(٢).

ومن الآثار الدالة على ذلك ما يروى من نهي النبي ﷺ عن خروج النساء إلى المساجد بقوله: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله»^(٣) ولكن عائشة رضي الله عنها حينما رأت تبدل أحوال النساء وخروجهن متبرجات بالزينة التي لا تؤمن معها الفتنة - بعد أن كن يخرجن في عهده - ﷺ مستورات بثيابهن متلفعات بمروطهن، قالت: «لو أدرك النبي ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منع نساء بني إسرائيل»^(٤).

ومن ذلك ما يروى من أن النبي ﷺ قضى بالدية على عصبة القاتل غير أن عمر بن الخطاب ؓ - بعد أن دَوّن الدواوين - جعلها على أهل الديوان، إن كان القاتل منهم، ناظراً إلى أن سبب تحمل الدية هو التناصر الذي أصبح في عهده بالديوان بعد أن كان العصبة، وقس على ذلك كثيراً من الأحكام^(٥).

(١) الفروق (١/ ١٧٦).

(٢) أعلام الموقعين (٣/ ٦٦).

(٣) حديث صحيح رواه أحمد ومسلم عن ابن عمر (الجامع الصغير للسيوطي ٢/ ٢٠٢). ورواه أبو داود أيضاً (كنوز الحقائق للمناوي ٢/ ١٦٣).

(٤) أخرجه مالك والشيخان واللفظ لمالك، (أبوسنة: المصدر السابق ص ٨٥) وقد ذكر الدكتور البوطي في رسالته ضوابط المصلحة - رداً على من قال أن منع النساء من المساجد الذي قال به كثير من التابعين كان من باب المصلحة - ذكر أنه ليس من باب المصلحة، بل هو أخذ بالنص المانع من التبرج، وإذا تعلق بصورة واحد كل من مناطي الأذن والمنع قدم المنع عملاً بقاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح فالإذن بالخروج كان بناء على النص الدال على ذلك، والمنع من الخروج كان بناء على النص الدال عليه أيضاً، ضوابط المصلحة (٣٦٦).

وهذا الوجه وإن كان مقبولاً إلا أنه لا يعارض ما نحن بصده فعدم إثارة الفتنة كان هو علة الجواز في عهده ﷺ، ولكن لما أصبح الخروج مثيراً للفتنة منع خروجهن، وهذا يعني انتهاء العلة وكشف العرف عن هذا الانتهاء لتبدل الطباع والعادات وتغيرها.

(٥) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٨٦).

وليس في أمثال ذلك مخالفة حقيقية للنص، لأن المخالفة إنما تتحقق لو كانت العلة في الحالتين واحدة، والمفروض أنها ليست كذلك، وحكم النص ثابت لم يتغير بالنسبة إلى سببه أو علته، قال الشاطبي: (فالأحكام ثابتة تتبع أسبابها حيث كانت بإطلاق)^(١) وهذا التبديل في الحكم ليس نسخاً، إذ النسخ رفع لحكم الحادثة، وحكم الحادثة لم يرفع بالنسبة لحادثته، والذي حصل هو أن للواقعة الواحدة ذات الأحوال المختلفة حكمين أو أحكاماً ثابتة، لكل حكم تطبيق في ظرفه الذي يختص به، بخلاف النسخ فإن حكم الحادثة فيه يرفع بحيث لا يبقى له وجود أصلاً^(٢) قال الشاطبي: (واعلم أن ما جرى ذكره هنا من اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد فليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب، لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي لو فرض بقاء الدنيا من غير نهاية والتكليف كذلك لم يحتج في الشرع إلى مزيد، وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها، كما في البلوغ مثلاً، فإن الخطاب التكليفي مرتفع عن الصبي ما كان قبل البلوغ، فإذا بلغ وقع التكليف، فسقوط التكليف، قبل البلوغ ثم ثبوته بعده، ليس باختلاف في الخطاب)^(٣).

وبهذا الفهم تتكشف أمور كثيرة مما زعموه من اجتهادات للصحابة مخالفة للنصوص الشرعية، وذلك لأنها إن كانت عائدة إلى أن النصوص الشرعية كانت مبنية على أعراف موجودة عند وجود النص لا لشيء إلا لأنها أعراف، أو كانت عائدة إلى أن علة حكم النص قد انتهت، فينتهي الحكم بانتهائها، فإن العرف لا يعدو أن يكون كاشفاً عن هذا الانتهاء.

فما قالوه من إسقاط عمر رضي الله عنه سهم المؤلف قلوبهم ليس فيه مخالفة للنص، لأن النص فرض نصيباً للمؤلفة قلوبهم، ولم يوجدوا في عهده، وقد نص البهاري على أن ذلك من قبيل انتهاء العلة، قال شارح كتابه: (وفي التعبير عنهم بالمؤلفة قلوبهم إشارة أيضاً

(١) الموافقات (٢/ ٢٨٦).

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٨٩).

(٣) الموافقات (٢/ ٢٨٥، ٢٨٦).

إلى ذلك، فإنهم كانوا يعطونه لإعزاز الدين بهم، والآن صار عزيزاً من غير معونتهم^(١).

ولو عادت الحاجة إلى تأليف القلوب عاد النصيب المفروض لهم، وقد حصل ذلك بالفعل، إذ أعاد عمر بن عبدالعزيز هذا السهم عندما احتاج إلى ذلك^(٢).

وما قالوا من أمر عثمان بالتقاط الإبل الضالة ليس مخالفاً لمنعه ﷺ من التقاطها^(٣)، وذلك لأن غلبة الصلاح في عهده ﷺ كانت تمنع الناس من أن تمتد أيديهم إلى أموال الآخرين، فكانت المصلحة في إرسالها ترعى الشجر وترد الماء، ولكن عثمان رضي الله عنه رأى في زمانه تبديلاً في حالة الناس أورث خوفاً على أموال الرعية من أن تمتد إليها يد الخيانة، فكانت المصلحة في أمره بالتقاطها وتعريفها كسائر الأموال، فعلة أمره ﷺ بالالتقاط ليست قائمة في عهد عثمان رضي الله عنه، ولو عادت بعد عهد عثمان كما كانت في عهد الرسول، لعاد الأمر بالمنع من الالتقاط، فالتعارض بين الحكمين لدى التأمل ليس قائماً.

هذا ومن المعلوم أن الحكم بني على العرف لغرض رفع الحرج ولا يمكن أن يكون الحكم نفسه باقياً، فيسبب الحرج، فيعود على أصله بالإبطال.

ولا فرق في هذه المسألة بين أن يكون النص خاصاً أو عاماً، ولكنه في حالة كون النص عاماً تكون المعارضة الظاهرية في فرد أو أكثر من أفراد العام، أما بقية الأفراد فإن حكم النص يكون سابقاً عليها، وهذه الأفراد لم يتناولها حكم النص بسبب تخلف العلة فيها.

(١) فوائح الرحموت (٢/ ٨٤).

(٢) الطبقات الكبرى لابن سعد (٥/ ٣٥٠).

(٣) أمر النبي ﷺ بالالتقاط ورد في حديث صحيح رواه البخاري وغيره عن طريق زيد بن خالد الجهني، وما جاء فيه قال فضالة الإبل؟ فغضب حتى احمرت وجنتاه أو قال أحمر وجهه، فقال: مالك ولها معها سقاؤها وترعى الشجر فنرها حتى يلقاها ربها، راجع فتح الباري (١/ ١٥١، ٥/ ٦٣). وفي الموطأ حدثني مالك أنه سمع ابن شهاب يقول: كانت ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب أبلاً مؤبلة لا يمسه أحد حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها، راجع: شرح الزرقاني على موطأ مالك (٤/ ٥٤ و ٥٥). وفي المسألة خلافات فقهية راجع فيها المصدرين المذكورين في الحاشية.

ولا يشكل ذلك على رأي الحنفية الذين اشترطوا أن يكون المخصّص مقارناً للنص لا متأخراً عنه ، لأن التخصيص - وإن كان تفسيراً لمراد الشارع من نصه منذ صدوره - يعتبر عند كشف العرف عن تخلف العلة في أحد أفراد العام ، متحققاً منذ صدور النص ، فالنص يشمل الحالات التي تتحقق فيها علته ، دون الحالات التي تنتفي فيها هذه العلة^(١).

ولا شك أنّ هذا الشرط هو صمّام الأمان بالنسبة للاجتهادات البشرية ؛ كي لا تتجاوز حدودها ، وتتجاوز على مقام التشريع.

ومن الجدير بالذكر أنّ رجال القانون اشترطوا للعمل بالعرف أن لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، ولا مخالفاً لنصوص التشريع ، معلّين ذلك بأنّ العرف يعتبر مصدراً متمماً ، وليس مصدراً أصلياً للقانون ، فلذا يجب أن لا يتعارض مع نصّ القانون^(٢).

وإذا كان هذا هو الأمر في القوانين الوضعية ، فلأن يكون ذلك شرطاً في عدم مخالفة النصّ الشرعي أولى ؛ لأنّ النصوص الشرعية مصدرها سماوي ، إمّا عن طريق القرآن الكريم ، أو سنة النبي ﷺ.

ومن المستغرب أن يتجرأ الكاتبون في هذا المجال ، ويطالبوا بحمل النصوص الشرعية على الأعراف ، بأيّ طريق كان ، حتى لو كان بإلغاء النصوص الشرعية^(٣) ، ولا يتكلّمون عن القوانين المخالفة للأعراف ولرغبات الشعوب وتطلعاتها في الحرية والديمقراطية ، ويسكتون عن الإجراءات التعسّفية ، والأنظمة المصادرة للحريات ولحقوق الأفراد والشعوب.

٢- وأمّا معارضة القاعدة ، أي العادات والأعراف ، بما هو مثلها فيتحقق عندما يوجد عرفان ، أو عادتان ، في محل واحد ، تقتضي إحداهما غير ما تقتضيه الأخرى ، وهو ما يسمّى عندهم ، العرف المشترك ، وقد سبق أن بيّنا ذلك في اشتراط الأطراد ، أو

(١) المدخل الفقهي (٩٠٢/٢) (الهامش).

(٢) أصول القانون للدكتور سعيد عبد الكريم مبارك (١٧٧) ، وأصول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصّدّه (١٤٦ و ١٤٧).

(٣) وأمثال هؤلاء يرون أنفسهم من المجتدين.

الغلبة في العادات ، والكلام فيه ، هناك ، هو الكلام هنا. وسبق أن قلنا إنّ تلك العادات والأعراف غير معتبرة ، ولا تبني عليها الأحكام. ويمكن الاطلاع على أمثلة هذا التعارض ، عند الكلام على الشرط المذكور ، في موضعه.

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الثالث

أسباب نشوء العادات والأعراف وأسباب تغييرهما

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أسباب نشوء العادات والأعراف.

المطلب الثاني: أسباب تغيير العادات والأعراف.

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الثالث

أسباب نشوء الأعراف والعادات وتغيرهما

من الصعب تحديد جميع أسباب العادات والأعراف الناشئة في مجتمع من المجتمعات ، فكثير من هذه الأعراف أو العادات يكتنف نشأتها الغموض. ولكن من الممكن أن نلاحظ طائفة من الأسباب المؤثرة في إنشاء طائفة من العادات والأعراف ، وأسباب تغيرها ، وفيما يأتي الكلام عن ذلك ، بإيجاز ، وفي مطلبين ، الأول في أسباب نشوء العادات والأعراف ، والثاني في أسباب تغير هذه الأعراف والعادات :

المطلب الأول : أسباب نشوء العادات والأعراف

لنشوء العادات أو الأعراف طائفة من الأسباب ، يختلف بعضها عن بعضها الآخر ، وما سنذكره منها ليس حصراً لها ، وإنما يمثل طائفة هامة منها. وكلاً مما يشمل العادات الفردية وعادات الجماعة ، أو بعض طبقات المجتمع. وفيما يأتي الحديث عن بعض هذه الأسباب.

الفرع الأول : الأسباب الاضطرابية :

والمقصود من ذلك الأسباب التي لا دخل لإرادة الإنسان في إنشائها ، بل إنه غير قادر على تركها. مثل العادات الناشئة عن الأسباب الطبيعية ، مثل العادات المتعلقة بتحديد سن البلوغ ، وأكثر الحيض وأقله ، وأكثر مدة النفاس وأقلها ، وأكثر مدة الحمل. ومن ذلك العادات الفردية الناشئة عن اختلال في الوظائف البدنية ، كارتخاء عضلات المثانة المؤدي إلى سلس البول ، أو عضلات المخرج المؤدية إلى انطلاق البطن ، أو انفلات الريح ، أو إلغاء المخارج الطبيعية بالعمليات الجراحية ، وفتح منافذ سواها ، سواء كانت لإخراج البول ، أو الغائط. فإن مثل هذا أمر متكرر ، وصفة لازمة للفرد ، ويدخل في ذلك سائر العادات الناشئة من الأمراض وغيرها من الأسباب ، كالاستحاضة التي هي نوع من النزيف الدموي عند المرأة. أو خشونة العظام المانعة من ثني الركبة أو الظهر بسبب الآلام المبرحة التي تصيب المريض عند ثنيها. فكل تلك الأسباب وما شابهها ، تتولد عنها عادات فردية ، راعاها الشارع ، وإذا كانت متولدة من العوامل الطبيعية ،

كحرارة الإقليم، أو برودته، فإنها تكون مؤثرة في جميع أفراد المجتمع غالباً.

الفرع الثاني: الأسباب العائدة إلى الحاجات

ومن العادات ما نشأ عن حاجة إنسانية، سواء كانت متعلقة بفئة من الناس، أو طبقة من طبقات المجتمع، فحاجة التجار مثلاً، إلى ضبط معاملاتهم والتعرف على ما يلزم المشتري أو البائع من المسؤوليات والتبعات، ككيفية دفع الأثمان، والتعامل بالشيكات، ومسؤولية نقل البضائع، أو إنزالها إلى مستودعات، أو مسكن المشتري، وصيانتها، والتعرف على عيوبها الموجبة للرد، وما تتحقق به رؤيتها، وإجراءات الإخراج والتخليص الجمركي، ودفع الرسوم، وطريقة التعامل مع البنوك، والدول الأجنبية.

ومن ذلك العادات والأعراف الناشئة عن الحاجة إلى تجويز أنواع من البيوع، كبيع الوفاء، والبيع بالتعاطي، وبيع الاستجرار، والبيع بالمزايدة، وبيع المراجعة والمضاربة بالصور الحديثة، وعقود المقاولات، والتوريد، وطرق المناقصات، وفتح الاعتماد المستندي، وبيع الحقوق المجردة، والعلامات التجارية، وتوثيق الديون بالكمبيالات، وبيع الأسهم والسندات.

إلى غير ذلك من الأمور التي يصعب حصرها، والتي تتجدد وتتغير بحسب تطور الحياة الإنسانية. ويضاف إلى ما تقدم نشوء الحاجة إلى ألفاظ محددة يجري بينهم التعامل بها.

ومثل التجار المزارعون الذين نشأت لهم أعراف بحسب حاجتهم، وما اقتضته مهنتهم، فتحديد أوقات الزراعة وكيفية سقيها وإيصال الماء إليها، وأوقات تسميدها، وطريقة معالجة الآفات الزراعية، ومكافحة الحشرات، والأوقات التي تجري بها هذه المكافحة، وكيفية حرث الأرض وتقسيمها، وأنواع ما يزرع، وحصاد ما يحصد، وجني ما يجنى من الثمار، وتلقيح ما يحتاج إلى تلقيح، وتحديد أوقاته، وطريقة ذلك، وتنظيم العلاقة بين المالك والفلاح وتحديد نصيب كل منهما من الحاصلات. والألفاظ الخاصة المعبرة عن شؤونهم المتعددة كأسماء الأراضي المقسمة. والجداول الصغيرة التي يجري فيها الماء، والبركة التي تصب فيها مياه الآبار أو الأنهار، وأسماء آلات السقي المتنوعة. ومن ذلك طريقة تسويق الحاصلات الزراعية، وبيعها إلى غير ذلك من الأمور التي

يحتاج إليها الزارع.

وهذا الأمر لا يمكن طرده في جميع طبقات المجتمع، ولكل الحرفيين والعاملين فللمدرسين أعرافهم، وللمحامين أعرافهم، ولأصحاب العقارات والمكاتب العقارية أعرافهم، أيضا، سواء كان في تحديد أجورهم، أو النسب التي يتقاضاها السماسرة، أو الساعات التي يتوقف فيها العمل، أو الأيام التي يجري فيها تعطيل العمل، وغير ذلك من الأمور التي أساس نشأتها الحاجة، ثم التكرار بعد الارتياح إليها، ورضاهم بها.

الفرع الثالث: أوامر الحاكم، أو سلطة الحكومة التقنينية

ويتحقق هذا حينما يأمر الحاكم بأمر من الأمور، أو تصدر الدولة تعليمات، أو قوانين لتنظيم أمر من الأمور، كقوانين المرور، والتسجيل العقاري، أو السجل المدني، أو القانون التجاري، أو قوانين العمل، فإن عمل الناس بما تقتضيه تلك القوانين، وتكرار ذلك منهم، يجعلها أعرافا وعادات معلومة لأفراد المجتمع. ربما ينسى مصدرها الذي أنشأها.

ومما يمثل أوامر الحاكم أو السلطان من العادات والأعراف، عادة الاحتفال بالمولد النبوي الشريف، فيذكر أن أصلها يعود إلى أن أول من أمر بها هو المعز لدين الله الفاطمي الشيعي. الذي ذكر أنه أول من أحدثه في القاهرة سنة (٣٦٢هـ) وتكرر الاحتفال طوال مدة حكمه، حتى أصبح عادة في القاهرة، ومنها انتشرت إلى سائر أنحاء العالم الإسلامي^(١). ومثل ذلك احتفالات الشيعة بيوم الغدير في الثامن والعشرين من ذي الحجة، الذي أحدثه معز الدولة أبو الحسن علي بن بويه المتوفى سنة (٣٥٢هـ)، فصار عند الشيعة سنة متبعة^(٢).

وربما تكون احتفالات جمهور من المصريين بمولد الحسين، أو السيدة زينب، مردودة إلى مثل هذا الأمر، وأثرا من آثار الفاطميين.

(١) القواعد الفقهية في المذاهب الأربعة لمحمد بن قويدر (٢٣٤).

(٢) دراسات اجتماعية في العصور الإسلامية لعمر رضا كحالة (٢١٠).

ومثل ذلك عادة التقويم بالسنة الميلادية، فإنّها ترجع إلى أمر الحاكم المستعمر للبلاد الإسلامية، فهو الذي أمر باتباعه، وما زالوا يكرّرونه حتى أصبح هو المعتاد، وتوسي أمر التقويم الهجري^(١).

ومن العادات المردودة لأمر الحاكم الاحتفال ببعض الأعياد الخاصّة، كالعيد الوطني، أو عيد الاستقلال، وعيد ميلاد الحاكم، أو عيد تنويعه، أو عيد إعلان الدستور، وتعطيل المدارس والدوائر الرسميّة بهذه المناسبات.

وأرجع بعض الباحثين عادة بناء المنازل المكشوفة للمارّة، سواء كانت بأسوار منخفضة، أو شبك حديدي يكشف ما خلفه، إلى أمر الحاكم بتشيدتها على النمط الأوروبي، باعتبار أنّ ذلك أجمل وأنفع من الناحية الصحيّة، بسبب دخول الهواء إلى جميع أجزاء المنزل^(٢). وهذا صحيح لأنّ البناء الآن لا يكون إلا بأخذ فسح أو رخصة من أمانة المدينة، أو بلديتها، التي لا تجيز البناء إلا بعد الاطلاع على مخطّطات البناء، فهي التي تحدّد شكل البناء والأسوار، وارتفاعها، وما شاكل ذلك، وبتكرار هذا الأمر أصبح معلوماً للناس ومتعارفاً أو معتاداً عليه.

وفي البلاد الإسلامية المحافظة العاملة على صيانة عورات من في المنازل، تشترط الأمانات أو البلديات ارتدادات معينة في البناء، وتمنع فتح الشبائيك على بيوت الجيران، وتشترط حدا لا يجوز خفضه في ارتفاع الأسوار، كما هو في المملكة العربية السعودية، التي أصبح الوصف الذي ذكرناه، هو المعتاد لأفراد المجتمع، في بناء منازلهم السكنية.

الفرع الرابع: تقليد الآخرين

وهذا السبب مما يكثر تأثير في تكوين الأعراف والعادات، وله صور مختلفة منها:

١ - إن المجتمعات الخاضعة، أو المغلوبة على أمرها، تنحو إلى تقليد من تغلب عليها، ظناً منها أن لعاداته وسلوكه أثراً في تفوقه عليهم، وغلبته على بلدهم. وهذا ما كان

(١) القواعد الفقهية في المذاهب الأربعة (٢٣٤هـ).

(٢) المصدر السابق (٢٣٥).

يقوله ابن خلدون (ت ٨٠٨هـ): (إنّ المغلوب يتشبه بالغالب)^(١). وقد يكون ذلك لا اعتقاد المتشبه بكمال الغالب وعظمته، وآتة ما تغلب عليه إلا لما اتخذته من العوائد والمذاهب، فيتشبه به في ملبسه ومركبه وأسلوب حياته الاجتماعية^(٢). وهذا يفسر لنا كثيراً من العادات والأعراف التي نشأت في بلاد المسلمين نتيجة إعجابهم بالحضارة الأوروبية، واعتقاداً أنّ لمثل عاداتهم أثراً في تطوّرهم وتقدّمهم، فنشأت عادات تحرر المرأة، وخروجها سافرة تخالط الرجال وتعمل معهم. ومن ذلك اعتياد لبس ما يلبسون، فالرجال اعتادوا لبس الملابس الغربية، والنساء اعتدن أن يخرجن متبرجات، أو كاسيات عاريات، شأن النساء الأوربيات، والشباب أولعوا بخلق الشعر أو تطويله شأن الشباب الأوربي، وقلدوهم بلبس الجينز، وغير ذلك من العادات.

٢- ومن مظاهر التقليد محاكاة بعض الناس للآخرين في طائفة من عاداتهم، ولا سيّما في المجتمعات التي تختلط فيها الفرق الدينيّة المختلفة، أو التي توجد فيها جالية من أصحاب الديانات الأخرى، سواء كانوا من أهل الكتاب، أو غيرهم.

ومن الأعراف والعادات التي من هذا القبيل، عادات بعض المجتمعات الإسلامية في مشاركة النصراني في الاحتفالات بعيد الميلاد، واعتياد مشاركة السنّة للشيعية في مواسم العزاء، أو الاحتفالات الخاصّة بهم، كعيد الغدير ومواليد الأئمة، ومن ذلك تأثر المسلمين بالفرس في الاحتفالات بعيد المهرجان، والنوروز، وعيد الشجرة، والتي لا زالت موجودة إلى الآن في عدد من المجتمعات الإسلامية، ومن ذلك اعتياد شريحة كبيرة في بعض المجتمعات الإسلامية، الاحتفال بأعياد ميلادهم، تقليداً للأوربيين، ودعوة الأصدقاء والمعارف، وإيقاد الشموع المساوية لعدد السنوات المنصرمة من عمر المحتفل، ثم نفخها واطفاؤها وسط تهليل وأغان خاصّة، وقطع الكعكة أو الكيكة المعمولة في هذه المناسبة، كما يفعل الأوربيون.

(١) المقدّمة (٢٥٩).

(٢) المصدر السابق.

٣- ومن مظاهر العادات الناشئة من التقليد. رغبة الناس في أن يساوا غيرهم في طائفة من الأمور، كحفلات الزواج، مثلاً، التي كانت بسيطة وسهلة، ثم صارت للناس عادة جديدة بشأنها، إذ أصبحت تقام في قصور الأفراح، المخصصة لذلك، وحتى في الولائم المقامة بهذا الشأن، فقد كانت العادة منها تقديم الأرز واللحم، ثم صارت العادة بتعدد أصناف الطعام، وترك المدعو يختار ما يشاء في طبق خاص.

ومن هذا النوع من العادات والأعراف، عادات بعض المجتمعات الإسلامية في طريقة تقبل العزاء وقراءة الفاتحة، والاحتفال بأربعينية الميت، أو اليوم السابع من وفاته.

الفرع الخامس: الأسباب العائدة إلى الموروث عن الآباء والأجداد^(١)

وقد تكون العادات ناشئة عن كونها موروثة من الآباء والأجداد كعادة الأخذ بالثأر، أو الاقتصار على الزواج من نساء العائلة، دون غيرهن. ومن ذلك الكثير من الخرافات والبدع. قال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِّنْ نَّذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَرِهِمْ مُّقْتَدُونَ﴾ [الزخرف: ٢٣].

ومن هذه الموروثات زيارة قبور الأولياء والزوايا والذبح على سبيل النذر لها. ومنها التسييح والدعاء عقب الصلاة في المساجد بصوت جماعي^(٢)، فهذه الموروثات عن الآباء والأجداد تمكنت في النفوس حتى أصبحت كالعقيدة يفعلها الناس ولا يجدون لها تفسيراً، ولا سبباً لوجودها^(٣)، وقد يتصورون أنها الحق الذي لا حق غيره.

وقد تكون بعض هذه الموروثات عائدة إلى أزمنة قديمة سابقة للإسلام، كالاحتفال بوفاء النيل عند المصريين^(٤).

(١) القواعد الفقهية في المذاهب الأربعة (٢٣٥)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (١٥).

(٢) القواعد الفقهية في المذاهب الأربعة في الموضع السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي للدكتور حسن إبراهيم حسن (٤٥٥/٣).

الفرع السادس: الأحكام الشرعية:

وهذا السبب أخصّ من السبب المعبر عنه بالموروث عن الآباء. ويتّضح هذا في كثير من العادات والأعراف السائدة في المجتمع الإسلامي، والتي ألفها الناس، دون أن يعلموا مصدرها، كجريان العادة عند خطبة البنت البكر بسؤالها عن رأيها في الزواج، واعتبار سكوتها موافقة منها على الزواج، فهذه العادة أساسها قوله ﷺ عن البكر: «إذنّها صماتها»^(١)، وكذلك إقامة الولائم في الأعراس، ومن ذلك عادة الختان التي هي من خصال الفطرة في الشرع، ومن هذه العادات، عند المسلمين، اعتياد الطهارة من النجاسات، وحسن الجوار، والتعاون على البر والتقوى، ومكارم الأخلاق، واعتياد نسائهم على الحجاب الشرعي، وعدم مزاحمة الرجال، إلى غير ذلك من العادات.

المطلب الثاني: أسباب تغيير الأعراف والعادات

ليس من السهل أن نحدد أسباب تغيير العرف، أو أن نميزها عن غيرها، وذلك لأنّ لهذه الأسباب صلة بأسباب تكون العرف، إذ يمكن القول إنّ بعض أسباب تكوين العادات هي أيضاً أسباب تغيير الأعراف أو العادات، والعكس صحيح أيضاً. وكما لهذه الأسباب علاقة بما ذكرنا فإنّ لها علاقة أيضاً بأسباب التغيير التي ستحدّث عنها، عند الكلام عن قاعدة (لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان).

وفيما يأتي الكلام عن بعض هذه الأسباب بإيجاز:

الفرع الأول: تغيير الحاجات

ويغلب تأثير هذا السبب في الأعراف والعادات التي نشأت بسبب الحاجات، إذ من المعلوم أنّ الحاجات تتغير بحسب تغيير الأوضاع الاجتماعية، وتطور المعاملات وأسلوب الحياة.

فمثلاً كانت الزيوت في بعض البلدان، مثل مصر، تباع بالكيل من البراميل المعبأة

(١) القواعد الفقهية في المذاهب الأربعة (٢٣٥)، والحديث جزء من حديث متفق عليه. (انظر نيل الأوطار

بالزيت في المحلات التجارية، ولكن بعد تطوّر أسلوب الحياة، وانتشار صناعة القناني البلاستيكية بالأحجام المتنوعة، أصبحت هذه الزيوت تباع بالألتار المعبأة في القناني المحكمة الغطاء، وتعارف الناس على ذلك. كما كانت الحبوب كالقمح والرّز وغيرها تباع في مصر بالكيل أيضاً، ولكن اتّجه الناس فيما بعد إلى بيعها بالوزن بالكيلو، لسهولة ذلك بالنسبة للبائع الذي يلزمه لو باع كيلات متعدّدة، أو كثيرة. أن يعيد الكيل مرّة بعد أخرى. ممّا يترتب عليه أن ينفق زمناً أطول بكثير من الزمن الذي يستغفره الوزن، فأهمّل البيع بالكيل كما أهمّلت الأوزان الأخرى كالوقية والحقة والدرهم. وصار الكيلو والغرامات التي هي أجزاءه، هي المتعارف عليه في بيع كثير من المواد كالقمح والأرز والسكر والشاي والعدس وغيرها.

وكذلك الشأن في المقاييس الطولية، فقد كان العرف الجاري هو تقديرها بالذراع، لكن انتشار قياس الأطوال بالأمّتار اقتضى استبدال القياس بالأمّتار بالقياس بالذراع، كما حلّت الأميال والكيلومترات محلّ الفراسخ واليرد.

ومن ذلك أن العرف في بعض البلدان كان جارياً ببيع (الباميا) بالعدد، كل مئة بكذا من الثمن^(١). كما كان الموز والبرتقال يباع بالعدد أيضاً، كل درزن (ثنتا عشرة برتقالة، أو موزة). بكذا من الثمن، ثمّ لما وجدوا صعوبة باتّباع هذا العرف أو العادة، غيروا ذلك، فأصبحت العادة، عندهم بعد ذلك البيع بالوزن^(٢).

الفرع الثاني: أوامر الحاكم، أو سلطة الدولة التقنية

وكما للحاكم وسلطة الدولة أثر في إنشاء العادات والأعراف، فإنّ لهما الأثر نفسه في إلغاء بعض العادات، وتغييرها بعادات أخرى. وإنّ أي إنشاء لعادة، أو عرف، هو تغيير وإلغاء لعادة أو عرف سابق.

إنّ القوانين والأنظمة التي يصدرها الحاكم، فيُلغى بها العمل بقوانين أو أنظمة

(١) وكانت هذه العادة جارية في مدينة البصرة حتى نهاية الخمسينيات. وانظر: المدخل لدراسة القانون للدكتور علي بدير (١٧٨).

(٢) وكانت العادة المذكورة جارية في أسواق الفاكهة في مدينة البصرة، وقد علمت أنّها لا زالت تُتبع في بعض الإمارات العربية المتحدة.

سابقة، تُعدّ من أسباب التغيير ذات التأثير الواضح، لا سيّما في هذا العصر، الذي كثرت فيه الانقلابات المختلفة الفكر والآراء والمقنّنة لما يتلاءم مع فكرها، والملغية لكل ما يخالف ذلك. ومن هذا القبيل أنّ بعض البلدان كانت أعراف القبائل والعشائر سائدة بينها، وكان شيخ القبيلة يفصل ويحكم بين أفراد قبيلته، وذلك بموجب نظام خاص، ثم ألغي هذا النظام من قبل الحاكم، وألزم الجميع بالخضوع للقانون العام، ممّا ترتّب عليه خضوع أفراد العشائر للعرف العام، وترك العرف العشائري، ومثل ذلك أنّ أيّ إلغاء لقانون، أو نظام، وإحداث قانون أو نظام غيره من قبل الحاكم، يستدعي تغيير العادات والأعراف القديمة إلى عادات وأعراف جديدة.

وعلى هذا فإنّه من الممكن أن يتدخل الحاكم فيلغي الأعراف والعادات الفاسدة، ويأمر بأعراف وعادات أفضل منها.

ومما يوضّح سلطان الحاكم في هذا المجال إنّ المصريين كانوا يحتفلون بالنوروز، ويسمّونه النوروز القبطي، وهو أوّل يوم في السنة القبطية، وكانت العادة أو العرف الجاري فيه، إيقاد النيران في ليلته، ورشّ الماء في يومه، وتفريق الكسوة على رجال الدولة، وعلى أولادهم ونسائهم، وتوزيع الرسوم أو الأعطيات التي جرت العادة بتوزيعها عليهم، وتقديم الهدايا. واستمرّ هذا في العهد الإسلامي، وزاد في عهد الفاطميين، حيث كانوا يحتفلون ثلاثة أيام، ويعملون فيلة، ويخرجون إلى الأسواق، ويظهرون السماجات.

ثم منع المعزّ لدين الله الاحتفال بالصورة المذكور، وأمر بالنداء بالكفّ عن ذلك، وأن لا توقد نار، ولا يصبّ ماء، وأخذ قوماً فحبسهم، وأخذ قوماً آخرين فطيف بهم تشهيراً، على ظهور الجمال^(١).

الفرع الثالث: الاختلاط بين أفراد المجتمع وتقليد بعضهم بعضاً فإنّ هذا كما

(١) تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي (٤٥٣/٣)، مكتبة نهضة مصر، ط ٣ سنة ١٩٥٥م، مصر.

ينشئ العادات والأعراف، فإنه يبدلها أو يعدلها، أما بإضافة تصرفات جديدة إليها، أو بحذف بعض ما فيها من الأفعال والتصرفات.

الفرع الرابع: التطور العلمي والاقتصادي المفضي لنشوء عادات جديدة، تتلاءم مع المعطيات العلمية والاجتماعية، مما يستلزم إلغاء العادات القديمة أو تعديلها.

رفع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الرابع
ضوابط تكوين العادة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: ضوابط تكوين العادة عند الفقهاء
المطلب الثاني: ضوابط تكوين العادة عند رجال القانون

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الرابع

في ضوابط تكوين العادات والأعراف

المطلب الأول: ضوابط تكوين العادة، عند الفقهاء

من الأمور المهمة للإفادة من القاعدة هو التحقق من وجودها وتكوينها. وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع، وتوقف تطبيق القاعدة عليه، إلا أنني لم أجد من أفرد به بالكلام، أو خصّه بمزيد عناية. ولكن ذكرت ضوابط متناثرة، بشأن حالات معينة، في كتب القواعد.

إنّ العادة كما سبق في تعريفها، تقتضي تكرار الشيء وعوده تكراراً كثيراً، بحيث نعلم منه أنّ ذلك لم يقع بطريق الاتفاق^(١). لكننا نجد أنّ الفقهاء عند تطبيقهم ذلك وحكمهم على العادات لم يلتزموا بهذا المعنى، وعدّوا من العادات ما وقع مرة أو مرتين، أو ثلاثاً، أو أكثر من ذلك، وفقاً لطبيعة الفاعل، أو الفعل نفسه. وسنذكر فيما يأتي ما رأيناه في بعض كتب القواعد الفقهية من هذه الضوابط.

الفرع الأول: عادة المرأة في الحيض.

ذهب بعض العلماء إلى أنّه لا بد من التكرار لتستقر العادة، وذهب آخرون إلى أنه تكفي فيها المرة الواحدة^(٢). وقد ذكر علماء الشافعية أنّ في العادة في الحيض أربعة أوجه هي:

١- أنّها تثبت بمرة مطلقاً، وهو أصحّ الأوجه عند الشافعية وذكروا أنّه نصّ البويطي (ت ٢٣١هـ).

٢- أنّها لا بدّ من تكرّرها مرتين.

٣- أنّها لا بدّ من تكرّرها ثلاث مرّات. وقد ذكر النووي (ت ٦٧٦هـ) في المجموع أنّه شاذّ

(١) المنشور (٣٥٨/٢).

(٢) القواعد للحصني (١/٣٧٣).

ومردود. ونقل عن جماعة اتفاق الأصحاب على ثبوتها بمرتين، وإنما الخلاف بالمرّة الواحدة.

٤- أنها ثبتت في حقّ المبتدئة بمرّة، ولا تثبت في حقّ المعتادة إلا بمرتين، وقد حكي ذلك عن ابن سريج (ت ٣٠٦هـ)، وقوّه الماوردي (ت ٤٥٠هـ)، واستغربه النووي (ت ٦٧٦هـ)^(١). وإذا ما غلب على الظنّ عادة امرأة، فلا اعتبار للتكرار في ذلك^(٢). وعند أبي حنيفة (ت ١٥٠هـ)، ومحمد (ت ١٨٩هـ) أنّ العادة لا تثبت إلا بمرتين، وعند أبي يوسف أنّها تثبت بمرّة واحدة، وعليه الفتوى عند الحنفية^(٣). وقد ذكر السيوطي (ت ٩١١هـ)، وغيره أنّ إمام الحرمين (ت ٤٧٨هـ)، والغزالي (ت ٥٠٥هـ)، وغيرهما قالوا: إنّ العادة، في باب الحيض، أربعة أقسام، هي:

١- ما ثبتت فيه بمرّة، بلا خلاف، وهو الاستحاضة، لأنّها علّة مزمنة، فإذا وقعت فالظاهر دوامها، وسواء في ذلك المبتدئة، والمعتادة، والمتحرّرة.

٢- ما لا يثبت فيه بالمرّة، ولا بالمرّات المتكرّرة، بلا خلاف، وهي المستحاضة، إذا انقطع دمها، فرأت يوماً دمّاً، ويوماً نقاءً، واستمرّ لها أدوار هكذا، ثمّ أطبق الدّم على لون واحد، فإنّه لا يلتقط لها قدر أيام الدّم، بلا خلاف. وإن قلنا باللقط، بل نحيضها بما كنا نجعله حيضاً بالتلفيق، وكذا لو ولدت مراراً، ولم تر نفاساً، ثم ولدت وأطبق الدّم، وجاوز ستين يوماً، فإنّ عدم النفاس لا يصير عادة لها، بلا خلاف، بل هذه مبتدئة بالنفاس.

٣- ما لا يثبت بمرّة، ولا بمرتين، على الأصح. وهو التوقّف عن الصلاة ونحوها، بسبب تقطّع الدم، إذا كانت ترى يوماً دمّاً، ويوماً نقاءً.

٤- ما يثبت بالثلاث وفي ثبوته بالمرّة والمرتين خلاف، والأصحّ الثبوت، وهو قدر

(١) المجموع المذهب (٤١٨/٢)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/١٦٢ و ١٦٣)، والمجموع للنووي

(٢) (٣٨٩/٢)، والقواعد للحصني (١/٣٧٧-٣٧٥).

(٣) القواعد للحصني (١/٣٧٥).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٤).

الحيض والطهر^(١).

الفرع الثاني: عادة تحقق الصفات المعيبة التي يردّ بها المبيع:

وهذه العادات تختلف باختلاف الأفعال^(٢). وفيما يأتي طائفة مما ذكره بهذا الشأن:

الصفة الأولى: الزنا

أي إذا زنت الجارية، أو زنى العبد فإنه يردّ بهذا العيب، وتكفي فيه المرّة الواحدة، لأنّ تهمة الزنا لا تزول عنه، وإن تاب، ولذلك لا يحذّ قاذفه^(٣).

الصفة الثانية: الإباق

والإباق هروب العبد من سيّده. فإذا أبق العبد من سيّده البائع فهل يكفي ذلك لأن يردّ العبد بهذا العيب، ولو مرّة واحدة في يد البائع؟ ذكر القاضي حسين (ت ٤٦٣هـ)، وغيره، أنّه تكفي المرّة الواحدة في يد البائع، لإثبات هذه الصفة، وإن لم يحصل إباق في يد المشتري^(٤).

الصفة الثالثة: السرقة

فإذا وقعت السرقة من الجارية أو العبد فقد ذكر الرافعي (ت ٦٢٣هـ) أنّها قريبة من الإباق والزنا^(٥). بمعنى أنّه بحكم باتصافه بعادة السرقة بالمرّة الواحدة في يد البائع، وإن لم يحصل ذلك في يد المشتري.

الصفة الرابعة: البول في الفراش

وهو من العيوب التي يردّ بها العبد أو الجارية. ولكن متى يُعدّ ذلك صفة عيب؟

(١) المشور للزركشي (٣/٢٥٩)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/١٦٥)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٥٥)، والقواعد للحصني (١/٣٧٦ و ٣٧٧) والأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٠).

(٢) القواعد للحصني (١/٣٧٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٠).

(٣) المصدران السابقان، والمجموع المذهب (٢/٤١٩).

(٤) المصدران السابقان، والمجموع المذهب (٢/٤٢٠).

(٥) المصادر السابقة، وفتح العزيز (٨/٣٢٨).

قالوا: إنَّ الأظهر اعتبار الاعتياد فيه^(١).

الفرع الثالث: حصول التعلم في الجوارح

يُعَدُّ الجارح معلماً متى غلب على الظن حصول التعلم، وتحقّق العادة التي دُرِّب عليها فيه. وقد رأينا في هذا المجال كلاماً للعلماء عن حصول التعلم في كلب الصيد، والفهد، والطيور، وفيما يأتي بيان ما قالوه في هذا الشأن.

أولاً: كلب الصيد:

وقد قالوا إنّه لا تكفي فيه المرّة، بل لا بدّ من تكرار يغلب فيه على الظنّ أنّه حصل له التعليم. وفي مذهب الشافعي وجهان آخران، هما:

١- أنّه تكفي المرّتان.

٢- أنّه يشترط تكرار ذلك ثلاث مرّات^(٢).

وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) الحنفي: أن تعلّم الكلب الصائد يحصل باعتياده ترك الصيد، وأنّ ذلك بثلاث مرّات^(٣).

وفي مذهب الحنابلة، أنّه ليحكم عليه بأنه معلّم بالعرف أقوال: قال القاضي أدنى ذلك ثلاث مرّات، وقال أبو الخطّاب يحصل بمرة واحدة^(٤).

ثانياً: البازي

ويعتبر متعلماً برجوعه عند دعوته^(٥).

(١) القواعد للحصني (١/ ٣٧٥)، والمجموع المذهب (٢/ ٤٢٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٠).

(٢) القواعد للحصني (١/ ٣٧٥)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٥٣)، والأشباه والنظائر لابن

الوكيل (١/ ١٦٤، ١٦٥)، والمجموع المذهب (٢/ ٤١٩)، والمنثور للزركشي (٢/ ٣٦٠)، والأشباه

والنظائر للسيوطي (١٠٠).

(٣) (٩٤).

(٤) المغني (٨/ ٥٤٢، ٥٤٣).

(٥) غمز عيون البصائر (١/ ٢٩٩).

ثالثاً: الديك

ومما ذكروا ضبط عادته الديك لأوقات الصلاة. وذكروا أنه يكون من عادته إذا تكرر منه ذلك حتى يحصل الظن به^(١).

رابعاً: الفهد

ويُعدّ متعلماً معتاداً بالرجوع عند دعوته ، ويترك الأكل^(٢).

الفرع الرابع: القائف

وهو الذي يقفو الآثار، ويميّز الدماء، ويلحق الناس بعضهم ببعض، وهو ذو فطنة وفراسة.

ولا خلاف بين العلماء في أنه لا يحكم بكون الشخص قائفاً، أي من عادته القيافة إلا بالتكرار^(٣) وفي عدد المرات نجد في المذهب الشافعي وجهين:

١- ترجيح الشيخ أبي حامد (ت ٤٠٦هـ) وأصحابه اعتبار الثلاث.

٢- الوجه الآخر أنه يُكتفى بمرتين.

وكان من رأي إمام الحرمين (ت ٤٧٨هـ) أنه لا بدّ من تكرار يغلب على الظن به أنه عارف^(٤).

الفرع الخامس: الرشد من الصبي غير البالغ

وقالوا يحكم بأن من عادته أن يتصرّف تصرّف الراشدين باختباره بالماكسة، أي بالكلام معه في نقص الثمن، بما يختبر به أمثاله وفيه يكون ذلك بمرتين فصاعداً، حتى يغلب على الظن رشده^(٥).

(١) المواهب السنية (٢٩٨) بحاشية الفوائد الجنبّة.

(٢) غمز عيون البصائر (١ / ٢٩٩).

(٣) الأشباه والنظائر (١ / ٥٣).

(٤) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١ / ١٦٤)، والمجموع المذهب (٢ / ٤٢٠)، والقواعد للحصني

(٥ / ٣٧٥، ٣٧٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٠)، والنثور (٢ / ٣٦١).

(٥) المصادر السابقة.

الفرع السادس: الذكورة والأنوثة في الخنثى

ويستدل على أنوثة الخنثى بالحيض، وعلى الذكورة بالإمضاء، ولا يعرف ذلك عادة لها إلا بال تكرار، ليتأكد الظن، ويندفع توهم كونه اتفاقياً. ونقل السيوطي (ت ٩١١هـ) عن الأسنوي (ت ٩٧٢هـ) أنه قال بأنه جزم في التهذيب بأنه لا يكفي مرتان، بل لا بد من أن يصير عادة^(١).

الفرع السابع: الإهداء للقاضي، قبل الولاية

أي أنه لو أهدى أحدهم شيئاً بعد توليته، وكان قد أهداه قبل توليته، فهل يُعدّ ما قدّمه له من عادات المهدي والقاضي، فلا يحمل على التهمة؟ وما هي المرات التي تصير بها هذه الهدية عادة، قبل الولاية؟ قال ابن السبكي (ت ٧٧١هـ) لم أر فيه نقلاً بماذا ثبت. وقال: وكلام الأصحاب يلوح بشوئها بمرة واحدة، ولذلك عبر الرافعي (ت ٦٢٣هـ) بقوله: تعهد منه الهدية والعهد صادق بمرة^(٢). وهذا بناء على أن القاضي لا يقبل الهدية ممن لم تكن له عادة، قبل الولاية، ولا ممن كانت له عادة ما دامت له خصومة^(٣).

وفي المذهب الحنفي، قال ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ): لم أر بماذا ثبت العادة بالإهداء إلى القاضي، المقتضية للقبول^(٤). لكن الحموي (ت ١٠٩٨هـ) تعقبه في ذلك، وقال: أقول ذكر العلامة محمد السمديسي في كتابه الذي ألفه في القواعد أنها ثبت بمرة واحدة^(٥).

الفرع الثامن: العادة في الصيام

والمقصود في ضبط العادة هنا، معرفة حكم الصوم المحرم في بعض الأيام، كصوم يوم الشك من رمضان، وما بعد انتصاف شعبان، فإنهم أجازوا صيامها، إذا صادفت عادة

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٠).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٥٣ / ١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١٠١).

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٥٣ / ١).

(٤) الأشباه والنظائر (٩٤).

(٥) غمز عيون البصائر (٢٩٩ / ١).

للمكلف. كما لو كان يصوم الإثنين والخميس، مثلاً، فصادف يوم الشك أحدهما، وكذا الصيام. بعد انتصاف شعبان. ولكن متى يُعَدَّ صيامه عادة؟ قال ابن السبكي (ت ٤٧٨هـ)، لم أجده^(١). ونقل السيوطي (ت ٩١١هـ) عن إمام الحرمين (ت ٤٧٨هـ) أنه قال: لم يتعرضوا لضابط العادة فيحتمل ثبوتها بمرة، أو بقدر ما يُعَدَّ في العرف متكرراً^(٢).

المطلب الثاني: ضوابط تكون العادات، عند رجال القانون

وقد تطرّق رجال القانون، أيضاً، لضبط تكون العرف أو العادة، وذلك في معرض الكلام عن أساس القوة الملزمة فيه.

وقد اختلفت وجهات نظرهم في ذلك، ولكن نجد من آرائهم ما يتعلق بنشوء العرف. وقد ذكروا أنّ الفقيه الفرنسي لامبير (Lamber)، يرى أنّ تدخل القضاء لازم لنشوء العرف. وأمّا قبل تدخل القضاء فلا توجد لدينا إلا مجرد عادة^(٣). وقد انتقد هذا الرأي بأن القضاء لا ينشئ العرف، لأن العرف إنما ينشأ في الجماعة، ففيها تنشأ عقيدة الالتزام به، التي تظلّ في الأذهان، قبل رفعها إلى القضاء، فإذا ما رفعت للقضاء، وحكم بالعرف، فهو إنما يحكم بقاعدة موجودة بالفعل، فالحكم القضائي، وفق هذا النظر، لا ينشئ العرف أو يخلقه بحكمه، وإنما هو يكشف عن وجوده، باعتباره قاعدة قانونية ملزمة^(٤). وقد قيل إنّ أساس القوة الملزمة للعرف رضا الجماعة، وقيل أن قوته مستمدة من ضروراته للحياة الاجتماعية، بسبب عدم كفاية مواد القانون على تنظيم المعاملات بين الناس^(٥). وهذه أمور نظرية لتفسير أساس القوة الملزمة في العرف، لا للحكم بتكوينه والاعتداد به.

(١) الأشباه والنظائر (١/ ٥٣، ٥٤).

(٢) الأشباه والنظائر (١٠٦).

(٣) المدخل لدراسة القانون للدكتور علي محمد بدير (١٧٦) وما بعدها.

(٤) المصدر السابق.

(٥) دروس في مقدمة الدراسات القانونية (١١٨-١٢٠)، وأصول القانون للدكتور عبدالنعم فرج الصدة (١٥٤) وما بعدها.

ولسنا نشك بأن حكم القضاء بالعرف يعني تكوّنه، والاعتداد به. ولهذا فإن السوابق القضائية بتحكيمة تُعدّ مؤشراً واضحاً على نشوئه.

ولم أجد لرجال القانون، فيما اطلعت عليه، كلاماً عن ضبط تكون العادة عن طريق تكرّرها، كما هو الشأن عند الفقهاء، لكن نقل عن بعض القانونيين أنّ العرف الدولي يثبت من سابقة دولية واحدة، دونما حاجة إلى التكرار^(١).

(١) أيديولوجية العرف الدولي وهندسته لجمال مدغمش (٣٥ و ٣٦).

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الخامس

ما جرى به العمل في المذهب المالكي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: ما جرى به العمل من الأقوال المشهورة أو الراجحة والقوية
المطلب الثاني: ما جرى به العمل من الأقوال الشاذة والضعيفة

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الخامس

ما جرى به العمل في المذهب المالكي

أطلق في كتب الفقه المالكي، ولا سيما المتأخرة منها، عبارات (وبه العمل)، و(المعمول به) و(هذا ما جرى به العمل)، على طائفة من الأحكام^(١)، تدخل في نطاق ما سمّاه بعض المعاصرين (نظرية الأخذ بما جرى به العمل). ونظراً لعلاقة هذا الموضوع، أو بعض أنواعه، بالعرف والعادة من حيث النتيجة، إذ سترتب عليه القبول به، والاستمرار عليه، ومعاودته مرّة بعد أخرى، رأينا أن نتعرّض إليه بشيء من الإيجاز في المطالب الآتية:

المطلب الأول: ما جرى به العمل من الأقوال المشهورة أو الراجحة والقوية.

وهذا النوع مما جرى به العمل يعتمد فيه بعض شيوخ المذهب إلى الفتوى وفق الروايات المشهورة، ثم يجري الحكماء على فتواهم هذه، والمراد من الأقوال المشهورة الأقوال المنتشرة والذائعة، لأن الشهرة في اللغة هي الوضوح والظهور. لكن علماء المالكية لم يتفقوا على تحديد المشهور في الاصطلاح، وقد ذكرت لهم ثلاث تعريفات في الاصطلاح، هي:

١. إنّ المشهور هو ما كثر قائلوه، أي إنّ شهرته كانت بسبب انتشاره وكثرة من قال به. وفسّروا الكثرة، بما زاد على ثلاثة.

٢. إنّ المشهور ما قوي دليله، وعلى هذا يكون المشهور مرادفاً للراجح.

٣. إنّ المشهور هو قول ابن القاسم (ت ١٩١ هـ) في المدونة^(٢).

ولم يذكروا موجباً للأخذ بالمشهور والعمل به، بل اكتفاء بشهرته وقوته، دون نظر إلى عرف أو مصلحة أو ضرورة، أو ما شابه ذلك من الموجبات. بل إنه نفسه صار عرفاً متبعاً.

(١) الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي (١٧٧-١٨٦)، ونظرية الأخذ بما جرى به العمل (٣٩-٤١).

(٢) وابن القاسم هو عبدالرحمن بن القاسم المصري. أحد تلاميذ الإمام مالك توفي سنة (١٩١ هـ).

قال التسولي (ت ١٢٥٨هـ)^(١). (وقد يعبرون بالعمل مما حكمت به الأئمة لرجحانه عندهم، لا لعرف ولا لمصلحة)^(٢).

ولا بدّ - هنا - من التنبيه إلى أن مثل هذا الاتجاه ظهر بين فقهاء المالكية منذ عهد مبكر، وقد التزم به كبار علمائهم. وكان تعلق الناس بالمشهور تعلقاً شديداً^(٣).

ومن طرائف ما يُروى في ذلك أن الشيخ أبا عبدالله بن جميل ذكر أنه (عرض له شيء منعه من أتباع المشهور في مسألة، واضطرّ لفعله، فبحث حتى وجد جوازه لابن حبيب (ت ٢٣٨هـ)^(٤)، وأصبغ (ت ٢٢٥هـ)^(٥) فقلّدهما. قال ثم مضيت لزيارة أمي وسقط عليّ حجرٌ ألني شديداً، واعتقدت أنّه عقوبة لمخالفة المشهور، وتقليد غيره، ثم زرت الشيخ إبراهيم بن موسى المصمودي التلمساني (ت ٨٠٤هـ) وأنا متألم، فقال لي مالك يا فلان؟ قلت له: ذنوبي. فقال لي فوراً: أمّا من قلّد أصبغ (ت ٢٢٥هـ)، وابن حبيب (ت ٢٣٨هـ) فلا ذنوب عليه)^(٦).

ومهما يكن من أمر فإن هذا النوع من العمل لا يختلف كثيراً عما في المذاهب الفقهية الأخرى، لأنها - جميعاً - تقضي بما هو مشهور أو راجح أو قويّ في المذهب. ولكن ينبغي أن ينظر في القول نفسه، ومدى مطابقتها لأسس ومبادئ ومقاصد الشريعة، ونصوصها الصحيحة. والعمل بذلك، من دون نظر إلى الأعراف أو المصالح، أو الحاجات والضرورات، بل لمجرد شهرة القول وقوّته في المذهب يُعدّ من الأمور المستغربة، وهي من مفرزات التقليد والجمود على المذاهب. ولكنه بوجه عام أهون من

(١) هو أبو الحسن علي بن عبد السلام بن علي فقيه مالكي من أهالي فاس مشارك في عدد من العلوم توفي (١٢٥٨هـ) الإجماع (٢٩٩/٤).

(٢) نظرية الأخذ بما جرى به العمل (١١١).

(٣) الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي لعبد العزيز صالح الخليلي (١٩٢).

(٤) هو عبد الملك بن حبيب الأندلسي. تعلم بالأندلس ورحل منها سنة (٢٠٨هـ). وأخذ العلم عن عدد من أصحاب مالك. توفي سنة (٢٣٨هـ).

(٥) هو أصبغ بن الفرج بن سعيد الأموي. فقيه مصري تلقى العلم على أشهر أصحاب مالك توفي سنة (٢٢٥هـ).

(٦) نيل الابتهاج (٥٢).

ترك القوي والراجح والمشهور والعمل بالشاذ أو الضعيف.

المطلب الثاني: ما جرى به العمل من الأقوال الشاذة والضعيفة

وهذا النوع مما جرى به العمل هو الذي ينصرف إليه الذهن، عند الإطلاق. وهو بحسب ما استقر عليه الرأي: العدول عن القول الراجح، أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الشاذ، أو الضعيف فيها لموجب يقتضيه من مصلحة للأمة ورعاية لحالتها الاجتماعية.

ولتقرير ذلك وبيانه سنبين أولاً المراد من الشاذ والضعيف المقابل للمشهور أو الراجح. أمّا الشاذ فهو في اللغة النافر أو المنفرد عن غيره. يقال شذ يشذ شذوذاً^(١).

وفي الاصطلاح الفقهي هو ما يكون مخالفاً للقياس من غير نظر إلى قلة وجوده وكثرته^(٢). لكن علماء المالكية يشترطون فيه أن يكون قائله قد تفرّد به، وكان في ذلك مخالفاً للمشهور^(٣). فلا يكفي الانفراد، بل لا بدّ من المخالفة.

وأما الضعيف فهو في اللغة خلاف القوي والصحيح، يقال: ضعف عن الشيء عجز عن احتماله^(٤). وفي اصطلاح علماء المالكية أطلق الضعيف على قسمين، هما: ضعيف نسبي، وضعيف مدرك. فالضعيف النسبي هو ما عارض ما هو أقوى منه، فهو بالنسبة إلى ما هو أقوى منه ضعيف، وإن كان في نفسه قوياً. وضعيف المدرك ما كان مخالفاً للإجماع أو القواعد، أو النص، أو القياس الجلي. فهو ضعيف في نفسه لا بالنسبة إلى غيره^(٥).

فالأقوال الضعيفة أو الشاذة في المذهب، إذا أفتى بها مفت مشهور بالعلم والتقوى، أو قضى بها قاض فاقضى بهم الفقهاء والقضاة فيما بعد، عند استمرار الأسباب الموجبة

(١) المصباح المنير.

(٢) التعريفات (١٠٩)، والتوقيف على مهمات التعاريف (٢٠١).

(٣) نظرية الأخذ بما جرى به العمل (٤٣).

(٤) المصباح المنير.

(٥) الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي (١٧٢)، ونظرية الأخذ بما جرى به العمل (٤٤).

للقول والحكم به ، كان ذلك مما يجري به العمل. فإذا زال الموجب الذي كان سبباً لقيام العمل عاد الحكم للمشهور^(١).

ويعتبر القول الذي جرى به العمل من فروع الراجح ومن جزئياته ، فإذا رجّح بعض المتأخرين المتأهلين لذلك قولاً شاذاً ، أو ضعيفاً مقابلاً للمشهور لموجب اقتضى رجحانه عندهم ، وأجروا به العمل في الحكم ، تعيّن اتباعه ، وقدّم على المشهور^(٢).

ومن الأسباب الموجبة لترجيح الشاذ ، أو الضعيف ، أو المتروك ، في مقابلة المشهور ، أنّ العمل به يكون طريقاً لدرء مفسدة ، أو جلب مصلحة ، أو مراعاة عرف^(٣). بحيث (يغلب على الظن أن قائل المشهور لو أدرك هذا الزمان الذي توقف فيه جلب المصلحة أو دفع المفسدة على مقابل قوله لم يقل إلا بالمقابل)^(٤).

لكنّ مثل هذه السلطة قد يترتب عليها إدعاء موجبات موهومة يترتب عليها مخالفة المشهور. يقول الولاتي (ت ١٣٣٠هـ) : (قلت ولا سيما عمل بلادنا هذه ، فإنه لا يرجح شيئاً ، لأنه غير مستند على مصلحة ، ولم يقرّره العلماء أهل الترجيح ، بل استناده اتباع الهوى والمقرّر له الجهلة العوام ، فلا يجوز اعتباره ولا الالتفات إليه ، لأنه باطل لا أصل له)^(٥).

ولتجنّب ما ذكره الولاتي (ت ١٣٣٠هـ) فإنّ العلماء وضعوا شروطاً لتقديم القول الضعيف أو الشاذ على الراجح وهي :

١. ثبوت جريان العمل بذلك القول.

٢. معرفة محلّ جريان العمل ، أهو عام أو خاص بناحية أو إقليم معيّن ؟

٣. معرفة الزمان ، لأنه إذا جهل المكان أو الزمان لم تتأت تعديته إلى المحل الذي يراد

(١) الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي (١٨٦).

(٢) المصدر السابق (٢٠٠).

(٣) نشر البنود على مراقي السعود (٣٣٣/٢) ، وفتح الودود (٣٨٤).

(٤) الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي (٢٠١) نقلاً عن نور البصر ملزمة (٥).

(٥) فتح الودود على مراقي السعود (٣٨٤).

تعديته إليه.

٤. معرفة أنّ من أجرى العمل هو من الأئمة المقتدى بهم في الترجيح.

٥. معرفة السبب الذي لأجله عدل عن المشهور إلى مقابله^(١).

واكتفى المهدي الوزاني (ت ١٣٤٢هـ)^(٢) بثلاثة شروط، اقتداء بالشيخ ميارة (ت ١٠٧٢هـ) وهي:

١. كون العمل المذكور صدر من المقتدى به.

٢. أن يثبت بشهادة العدول المثبتين في المسائل.

٣. أن يكون جارياً على مقتضى قواعد الشرع، وإن كان شاذاً^(٣).

والمستند في هذا العمل هو ملاحظة المصلحة، ورعاية العرف الراجع للخرج، ومعنى ذلك أنّه لا استمرار للعمل إلا باستمرار المصلحة، وبقاء العرف. وإنه غير جائز الأخذ به عند تبدل هذه الأمور.

ويردّ علماء المذهب المالكي الأخذ بما جرى به العمل إلى أصول الإمام مالك رحمه الله في الأخذ بعمل أهل المدينة، وسدّ الذرائع، والعمل بالمصلحة المرسلة.

ويعلّل الحَجَوِي (ت ١٣٧٦هـ)^(٤) اللجوء إلى الأخذ بما جرى به العمل إلى هرم الفقه وتأخّره. وذكر أنّه يغلب وجوده في المسائل التي فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعمد بعض القضاة إلى الحكم بقول مخالف للمشهور، لدرء مفسدة، أو لخوف فتنة، أو

(١) العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر عبدالكريم الجدي (٣٥٩ و ٣٦٠)، والاختلاف الفقهي في المذهب المالكي (١٨٧ و ١٨٨).

(٢) هو أبو عيسى محمد المهدي العمراني الوزاني الفاسي، من فقهاء المالكية وله مشاركة في عدد من العلوم، توفي (١٣٤٢هـ) (معجم المؤلفين ٦٠/١٢).

(٣) العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر الجدي (٣٦١ و ٣٦٢).

(٤) هو محمد بن الحسن الحَجَوِي الثعالبي من علماء المالكية في المغرب. له مشاركة في عدد من العلوم توفي (١٣٧٦هـ).

جريان عرف في الأحكام التي مستندها العرف، أو نوع من المصلحة، أو نحو ذلك، لكن أصول المذهب إن الأخذ بها مشروط بأن لا تصادم نصاً من نصوص الشريعة، ولا تصادم مصلحة أخرى، أو جريان عرف^(١).

وكأن الحكم به كان لضرورة، أو لدفع مفسدة متوقعة من الأخذ بالراجح، وإنه ينبنى العودة إلى العمل بالراجح، بعد زوال الموجبات للأخذ بالمرجوح^(٢).

وقد ندد الحجوي (ت ١٣٧٦هـ) بالاسترسال في القضاء أو الإفتاء بما جرى به العمل، على ظن أنه أحكام مؤبدة، بل هو أحكام مؤقتة مرتبطة بجلب المصلحة، أو دفع المفسدة التي لأجلها خولف المشهور، فإذا ذهبت رجع الحكم للمشهور، لأنه الواجب، والانتقال عنه رخصة للضرورة، وذكر أنه لا بد من كون من يقضي به ممن ثبت علمه وعرفت عدالته^(٣).

وذكر أن الشيخ عبدالرحمن بن عبدالقادر الفاسي (ت ١٠٩٦هـ)^(٤) نظم كتاباً فيه نحو ثلاثمائة مسألة مما جرى به العمل بفاس، على الخصوص، وشرحه، وقال إنه حاطب ليل، جمع حتى ما كان من قضاء الجور. ومن المسائل التي انتقدها، وهي مما جرى به العمل، ترك اللعان مع أنه منصوص عليه في كتاب الله، وجعل عدة المطلقة التي تحيض ثلاثة أشهر، لا ثلاثة قروء، خلافاً للفظ القرآن العظيم. ومما زعموا جريان العمل به، أن الطلاق كله بائن، مع أن الطلاق، إذا أطلق في القرآن، انصرف إلى الرجعي^(٥).

وتوضيحاً لذلك نذكر فيما يأتي إحدى المسائل التي يُقضى فيها بما جرى به العمل في المقرب ثم نتبعها بتوضيح المسائل التي ذكرها الحجوي (ت ١٣٧٦هـ) عن عبدالرحمن

(١) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي (٤٠٦/٢).

(٢) العرف والعمل في المذهب المالكي (٣٨١).

(٣) الفكر السامي (٤١٠/٢).

(٤) هو أبو زيد عبدالرحمن بن عبدالقادر بن علي الفاسي الفهري المالكي فقيه مشارك في عدد من العلوم

توفي (١٠٩٦هـ) الأعلام (٣١٠/٣).

(٥) الفكر السامي (٤٠٨/٢).

الفاسي (ت ١٠٩٦هـ). فمن هذه المسائل التي جرى بها العمل مسألة (شهادة اللفيف). التي ذكروا لها بعض المبررات. فمن المعلوم أن الله - تعالى - شرط في الشهود العدالة. قال: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. وقد عُمل بهذا النص فترة من الزمن، حيث كانت العدالة فاشية بين المسلمين، ومبثوثة في كل البلاد، غير أنه لما آل الأمر إلى عسر حصول العدالة، أجازوا شهادة اللفيف. وصورتها أن الشهود له يأتي باثني عشر رجلاً، إما مجتمعين أو متفرقين إلى عدل منتصب للشهادة، فيؤدون شهادتهم عنده، فيكتب رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم، ويضع أسماءهم عقب تاريخه، ثم يكتب رسماً آخر أسفل الرسم نفسه، ثم يضع عدلان إمضاءهما في أسفل الرسم الثاني. وهكذا تصبح هذه الشهادة شهادة مقبولة وشرعية، مع أنه جاء بالشهود كيفما اتفق^(١).

وقد برّر هذا الأخذ بأنه لما عسر الحصول على شاهدي عدل، جاز الإتيان بهذا العدد من الشهود، وكيفما اتفق للضرورة، قياساً على شهادة الصبيان فيما يجري بينهم من جرح أو قتل، وشهادة النساء فيما يجري بينهن في المأتم والأعراس^(٢). ولكن هناك طائفة من الأحكام قضوا فيها وفقاً لما جرى به العمل، ولا وجه لتبريرها ولهذا اعترض عليها كثير من العلماء. ولو صح ما يقولون من خلوا المجتمع من العدول، لكانت هناك حالة ضرورية فعلية، لو لم يلجأ إليها لضاعت الأموال، ولأهدرت الدماء، ولكن هل هذا حقيقي؟ وموجود بالفعل.

وأما المسائل التي ذكرها الحجوي (ت ١٣٧٦هـ) عن الشيخ عبدالرحمن الفاسي (ت ١٠٩٦هـ) وذكرناها عنه بصفة مجملة فتوضيحها كالآتي:

أ- جريان العمل بترك اللعان مطلقاً، أو للفاسق فقط: قال الشيخ أبو زيد عبدالرحمن الفاسي:

(١) نظرية الأخذ بما جرى به العمل (٣٣٩)، والعرف والعمل في المذهب المالكي (٤٩٧).

(٢) العرف والعمل في المذهب المالكي (٣٨٤ و ٣٨٥).

واترك لفاسقٍ وغيره اللعان وهو لفاسق فقط بغير ثان^(١)

وهذا يخالف لصريح الكتاب، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ① وَالْخَمِيسَةَ أَنْ لَعَنَتِ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ② وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ③ وَالْخَمِيسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ④﴾ [النور: ٦-٩]. فلاية حجة يترك مثل هذا النص الصريح؟

ب- فتواهم بأن طلاق العوام كله بائن، بدعوى أن العوام لا يعرفون معنى الرجعي، مع أن الطلاق، إذا أطلق في القرآن، انصرف إلى الرجعي^(٢).

ج- فتواهم بأن المطلقة ذات الأقراء تعتد بثلاثة أشهر، وقد ذكر الزقاق (ت ٩١٢هـ)^(٣)، وأبوزيد عبدالرحمن الفاسي (ت ١٠٩٦هـ) أن هذا مما جرى به العمل بفاس^(٤). وهو مخالف لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ⑤﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ويرى بعض الباحثين أنه على الرغم من وجود بعض السقطات والنقود الموجهة إلى ما جرى به العمل، لا سيما إلى من استرسل فيه، إلا أنه يثبت عملياً أن الاجتهاد والتخريج في المذهب لم يغلق، وأنه يمثل مبدأ التطور التشريعي في البلاد في دائرة

(١) المصدر السابق (٣٨٦).

(٢) الفكر السامي (٤٠٨/٢)، والعرف والعمل في المذهب المالكي (٣٨٧).

(٣) هو أبوالحسن علي بن قاسم التجيبي المالكي المعروف بالزقاق من فقهاء فاس، شارك في عدد من العلوم توفي (٩١٢هـ) شجرة النور الزكية (٢٧٤)، والأعلام (٣٢/٤).

(٤) الفكر السامي (٤٠٨/٢)، والعرف والعمل في المذهب المالكي (٣٨٧).

الشريعة الإسلامية، وأنه ابتكار مغربي سائر فيه المغاربة الزمن، وعملوا وفق ما تقتضيه المصالح. واستشهد بأقوال بعض علماء الغرب الذين أثنوا على هذا التوجه المالكي الجديد^(١).

وفي الحق أن ما ذكر من الكلام فيما جرى به العمل من الأقوال الشاذة أو الضعيفة ينبغي أن يخضع للمقاييس الشرعية. وإذا خالف القواعد أو النصوص مخالفة صريحة ينطبق عليه ما سبق ذكره في شروط تطبيق القاعدة، من القول بشأن الأعراف المخالفة للنص. والحادثة بعده. ولا يجوز إمضاء العمل أو ما تعارف عليه أهل بلد، مع مخالفته الصريحة للنص، إلا للضرورة التي ينبغي أن تثبت بالفعل، وفق مقاييس مضبوطة، والمصلحة المخالفة للنص ليست مصلحة مرسلة، بل هي مصلحة ملغاة، وكثير مما ذكره مما جرى به العمل، يدخل في مصطلح العرف الفاسد، ومنه ما سبق أن ذكرناه من تعارف القبائل في المغرب العربي على حرمان المرأة من الميراث، وعلى عدم مطالبته بالطلاق بأي وجه كان، وعدم ترشيدها مدى الحياة، وعدم دفع الصداق لها، بل يعطى عن الزوجة مال لأبيها يستردّه الزوج متى طلقها^(٢).

وقد تضافرت أقوال علماء المذهب المالكي على بيان أهمية ما جرى به العمل، ومنع الخروج عنه، وكانوا يأخذون من القضاة عهداً بأن لا يحكموا بغير ما جرى به العمل، وكانوا يعزلون القاضي، إذا لم يحكم بما جرى به العمل^(٣). كما حدث للحافظ القوري^(٤) عندما أفتى بعدم لزوم بيع المضغوط، فأخروه عن مجلس الشورى، وكما حدث للفقهاء السراج (ت ١٠٠٧هـ)^(٥) عندما عارض شهادة الابن مع أبيه، فأخروا عن الافتاء، مع أن هذين العالمين أفتيا بالقول المشهور في المذهب^(٦).

(١) العرف والعمل في المذهب المالكي (٤٢١).

(٢) المصدر السابق (٢٢١).

(٣) المصدر السابق (٣٨٥).

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن قاسم بن محمد اللخمي.

(٥) هو أبو زكريا يحيى بن مهنا السراج المتوفي (١٠٠٧هـ).

(٦) العرف والعمل في المذهب المالكي (٣٦٦).

وإلى جانب ذلك كان هناك قلة من العلماء تنكر مثل ذلك وترى فيه تحريفاً للنصوص^(١). هذا ولبعض الباحثين المغاربة المعاصرين جهود في إبراز ما جرى به العمل، وجعله نظرية ذات ضوابط وحدود، وهذه الضوابط، من وجهة نظره، هي:

١. أن يكون جريان العمل ثابتاً بالطرق التي يُعتمد بها في الإثبات، وأن يكون من قام به معروفاً.

٢. أن يكون العمل مندرجاً تحت أصل شرعي، ويعرف ذلك بالطرق المعهودة لمعرفة الاندراج.

٣. أن يكون العمل مرتبطاً بالظروف الزمانية والمكانية، والعوامل الاجتماعية والحضارية.

٤. أن يكون العمل مستنداً إلى واحد أو أكثر من الموجبات التي بنيت عليها أحكام العمل من العرف، أو المصلحة أو سدّ الذرائع أو الضرورة.

٥. أن يكون حكم العمل صادراً من الفقهاء المؤهلين^(٢).

وهذه الضوابط ذكرت في الكثير من كتب الفقه المالكي^(٣)، لكنّ الباحث وسّع الكلام فيها وزادها شرحاً، وعزّز ذلك بضرب الأمثلة.

(١) المصدر السابق (ص ٣٦٧)..

(٢) نظرية الأخذ بما جرى به العمل (١٤٧-٣٣٦).

(٣) انظر: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي (١٨٧ و ١٨٨). وقد ذكر الباحث في الهامش (١) (١٨٨)

عدداً من كتب المالكية التي جاءت فيها هذه الشروط منها: نور البصر، والبهجة شرح التحفة، وجني زهر الأس في شرح نظم عمل فاس لعبدالصمد كتون.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث السادس
في حجية العرف والعادة

وفيه تمهيد ومطلبان:

المطلب الأول: عرض الأدلة ومناقشتها

المطلب الثاني: تعقيب ونتائج

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث السادس حجية العرف والعادة

تفهيد

يجد المتبع لتعليلات الفقهاء شيوع التعليل بالعرف والعادة في كتبهم، في أبوابها المختلفة عدا باب العبادات الذي لم يعمل فيه العرف إلا قليلاً^(١).

وقد شاع بينهم أن (العادة محكمة) وأن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، ولا يُنكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان، وأن الحقيقة تترك بدلالة العادة وأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم والتعيين بالعرف كالتعيين بالوصف^(٢)، إلى غير ذلك من القواعد الفقهية العامة.

وكل ذلك يُشعر بأن العرف والعادة حجة يعمل بها، وتستوي في ذلك أغلب المذاهب الفقهية المعروفة.

وقد ذكر القرافي المالكي (ت ٦٨٤هـ) أنه إذا جاءت الأحكام وفقاً للعبادات المتبدلة، وكانت هذه العادات هي الأساس في الحكم فإن الأحكام تتبدل بتبدل هذه العادات. قال: (إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها...)^(٣).

ونصّ فقهاء الأحناف على أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي. وفي المبسوط إن

(١) كضبط الكثرة والقلّة في الأفعال المنافية للصلاة وفي النجاسات المغفوعة عن قليلها، الأشباه والنظائر للمبسطي (٩٩).

(٢) وردت هذه القواعد في مجلة الأحكام العدلية على الترتيب الآتي: المواد (٤٠، ٣٨، ٣٩، ٤٣، ٤٤، ٥٥).

(٣) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام.. (٢١٨ و ٢١٩).

الثابت بالعرف كالثابت بالنص^(١)، وقال أحد فقهاءهم المتأخرين:

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار^(٢)

وساير ابن القيم القرافي فيما ذهب إليه فقال: «إن الأحكام المترتبة على القرائن تدور معها كيفما درات، وتبطل معها إذا بطلت كالعقود في المعاملات، والعيوب في الأعواض في المبايعات ونحو ذلك»^(٣) وذكر «أن من أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل»^(٤)، وذكر السيوطي الشافعي أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة^(٥).

فلاحتجاج بالعرف والعادة إذن من الأمور المتفق عليها، أما النطاق الذي يعتبران فيه فهو مما يختلف بين مذهب ومذهب، ولعل الفقه المالكي هو أكثر هذه المذاهب احتراماً للعرف، ويليه الفقه الحنفي^(٦) ثم الشافعي والحنبلي.

المطلب الأول: عرض الأدلة ومناقشتها

وإذا كانت هذه هي آراء العلماء من مختلف المذاهب فلا بد أن يكون لما قالوه دليل، وسندذكر فيما يلي أهم الأدلة التي ذكرت للعرف مع مناقشتها وبيان ما تميل إليه. استدل على حجية العرف بالقرآن والسنة وبأدلة أخرى، نوجزها فيما يأتي:

١- القرآن:

أما القرآن فاستدل بعض العلماء كالقرافي (ت ٦٨٤هـ)^(٧) وعلاء الدين الطرابلسي

(١) نشر العرف (٤).

(٢) المصدر السابق (٢).

(٣) أعلام الموقعين ٦٦/٣ و ٦٧.

(٤) المصدر السابق ٦٦/٣ و ٦٧.

(٥) الأشياء والنظائر (٩٩).

(٦) -مالك حياته وعصره- وآراؤه الفقهية للشيخ أبي زهرة (٤٢٠ و ٤٢١).

(٧) الفروق (١٤٩/٣).

(ت ٨٤٤هـ)^(١) وغيرهما بظاهر قوله تعالى ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: ١٩٩].

قال القرافي (ت ٦٨٤هـ) بشأن الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت: (لنا قوله تعالى ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ فكل ما شهد به العادة قضى به لظاهر هذه الآية، إلا أن يكون هناك بيّنة)^(٢).

ووجه الاستدلال بها إن الله تعالى أمر نبيه ﷺ بالأمر بالعرف، فدلّ على اعتباره، إذ لو لم يكن معتبراً لما كان للأمر به فائدة، وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه يصح لو كان المراد من العرف الوارد في الآية ما هو مصطلح عند الفقهاء والأصوليين، وهو أمر ليس مسلماً به، إذ فسّر العلماء العرف الوارد فيها تارة بأنه كلّ ما أمرك الله تعالى به، وعرفته بالوحي^(٣)، وتارة بأنه المعروف من الإحسان، وتارة بأنه أمر جزئي كلا إله إلا الله، كما نقل عن عطاء^(٤)، وأن تعفو عمن ظلمك وتعطي من حرمك، وتصل من قطعك، وقيل إنّه كلّ خصلة حسنة ترتضيها العقول، وتطمئن لها النفوس^(٥). إلى غير ذلك من التفسيرات^(٦).

ومما احتج به أيضاً قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]. والاحتجاج بهذه الآية

(١) معين الحكام الباب الثالث والعشرون، والعرف في الفقه الإسلامي (١٧) والطرابلسي هو علاء الدين علي بن خليل توفي (٨٤٤هـ).

(٢) الفروق (١٤٩/٣).

(٣) روح المعاني (١٤٧/٩).

(٤) الجامع لأحكام القرآن (٣٤٦/٧)، وروح المعاني (١٤٧/٩).

(٥) الجامع لأحكام القرآن في الموضع السابق.

(٦) العرف والعادة في رأي الفقهاء (٢٥).

مبني على تفسير المعروف بما يتعارفه الناس أيضاً، قال الجصاص: «فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط، وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك وأجبر على نفقة مثلها» وقال ابن العربي: «وحمل على العرف والعادة في مثل ذلك العمل ولولا أنه معروف ما أدخله الله تعالى في المعروف»^(١).

ومما احتج به أيضاً قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧].

وقوله تعالى في كفارة اليمين ﴿فَكَفَّرْتَهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِّنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، قال ابن العربي: «وقد بينا أنه ليس له تقدير شرعي، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام، وقد أحاله الله على العادة فيه وفي الكفارة، فقال: ﴿إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِّنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ وقال: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المائدة: ٤]^(٢) وتوجيه الاستدلال بهذه الآيات وأمثالها بين، كما هو الواضح من كلام ابن العربي، إذ ترك البيان والإحالة على الوسط والسعة دليل على أن تقدير ذلك منوط بالمعتاد والمتعارف عليه. واحتج بعضهم بقوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ [النساء: ١١٥]، وتوجيه الاستدلال بها أن السبيل هو الطريق فسبيل المؤمنين طريقهم التي استحسوها، ولما كانت الأعراف والعادات مما استحسنة المؤمنون فهي من سبيلهم

(١) أحكام القرآن (٢/١٠٥ و ١٠٦).

(٢) انظر: أحكام القرآن (٤/١٨٣٠).

المتوعد على اتباع غيره، فيكون اتباع الأعراف التي هي سبيل المؤمنين معتبراً شرعاً ويجب العمل به^(١). وهذه الآية وإن استدل بها على حجة الإجماع فإن ذلك لا يمنع من الاحتجاج بها هنا أيضاً كما قالوا^(٢).

ولكن يمكن أن يقال: إن هذه الآية ليست ذات دلالة مؤكدة على الإجماع نفسه فضلاً عن أن تكون دليلاً على العرف، وإن سياق الآية لا يساعد، على ذلك^(٣) ولو أخذنا بقاعدة أن العبرة بعموم اللفظ فإنه من الممكن أن يقال: إن الجزء مترتب على المجموع وهو المشاققة واتباع غير سبيل المؤمنين، ومن المحتمل أن يكون ظاهر لفظ الآية: إن من يشاقق الرسول ويخالف المؤمنين في اتباعه، ويتبع غيره من رؤساء الأديان والنحل الأخرى، نوله ما تولى، أي نربط مصيره يوم القيامة بمصير من تولاه، كما في قوله تعالى: ﴿يَوْمَ نَدْعُوا كُلَّ أُنَاسٍ بِإِمْئَاتِهِمْ﴾ [الإسراء: ٧١]، فتكون خارجة عن الموضوع^(٤).

٢- السنة:

وأما السنة فعمدة احتجاجهم ما ذكروه من أنه ﷺ قال: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)^(٥) وقد قالوا بأن هذا يدل على أن ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق في الواقع، لأن ما ليس بحق فليس بحسن عند الله. وهو أيضاً يدل على أنه حجة، لأنه لو لم يكن كذلك لما كان عند الله حسناً^(٦). قال الكاساني (ت ٥٨٧هـ) (وعرف المسلمون وعاداتهم حجة مطلقة. قال النبي عليه الصلاة والسلام:

(١) الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية (١/٢٩٠)، وأثر العرف في التشريع الإسلامي (١٧٥).

(٢) أثر العرف في التشريع الإسلامي (١٧٥).

(٣) التوضيح بشرح التلويح (٢/٤٧ و ٤٨).

(٤) الأصول العامة للفقهاء المقارن (٢٥٩).

(٥) رواه أحمد في كتاب السنة عن ابن مسعود، وقد أخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم، والبيهقي عن ابن مسعود، أيضاً. وهو موقوف على ابن مسعود.

قال الحافظ ابن عبد البادي: روى مرفوعاً عن أنس بإسناد ساقط. والأصح وقفه على ابن مسعود. كشف الخفاء ومزيل الإلباس (٢/٢٤٥).

(٦) الإحكام للأمدى (١/١٣٨)، وقد ذكره في معرض الاحتجاج للاستحسان وطريق توجيه دلالة واحدة.

ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن^(١) وقال الكمال ابن الهمام (ت ٨٦١هـ):
(والعرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله ﷺ ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)
وما لم ينص عليه الرسول ﷺ فهو محمول على عادات الناس، لأنها دلالة على الجواز
فيما وقعت عليه، لقوله ﷺ (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)^(٢) ومما وجه
الاستدلال به: إن العرف هو فرد من أفراد ما رآه المسلمون بقولهم حسناً، وإذا كان
فرداً من أفراد ما رآه المسلمون حسناً، فإنه معتد به عند الله، ولا معنى لكونه حسناً عند
الله إلا أن يكون كذلك.

لكن ما ذكروه إنما هو موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه وليس بمسند إلى رسول الله ﷺ
ولا يوجد في مسند صحيح فلا تقوم به حجة.

ومما احتجوا به من السنة ما روي عن عائشة رضي الله عنها إن هند بنت عتبة قالت:
(يا رسول الله إن أبا سفيان -زوجها- رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا
ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال ﷺ: خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف)^(٣).

ومن ذلك قوله ﷺ في حجة الوداع بشأن الزوجات (فلهن رزقهن وكسوتهن
بالمعروف)^(٤)، وقد فسر المعروف في الحديثين بالأمر المعتاد المتعارف عند الناس، أي القدر
الذي علم بالعرف والعادة أنه يكفي الزوجة ويقوم بحاجتها حسب المألوف المعروف^(٥)،
وتفسيرهم المعروف بهذا المعنى هو تبع لتفسيرهم المعروف في الآية الكريمة السابقة.

وألحق بعضهم بهذه الأدلة ما هو من قبيل السنة التقريرية، وذلك لأن الشارع راعى

(١) بدائع الصنائع (٥/٢٢٣).

(٢) أثر العرف في التشريع الإسلامي (١٧٧).

(٣) رواه الجماعة إلا الترمذي نيل الأوطار (١/٣٦٢) وقد فسر الشوكاني نقلاً عن القرطبي بالقدر الذي
عرف بالعادة أنه الكفاية.

(٤) السيرة النبوية لابن هشام (٢/٦٠٤).

(٥) العرف في الفقه الإسلامي لعمر عبدالله (١٧).

أعرافاً للعرب كانت في الجاهلية، كوضع الدية على العاقلة، واشتراط الكفاءة في الزواج وغيرها^(١).

وما ذكروه لا يصلح دليلاً على حجية العرف، نعم أن الشارع راعى بعض الأعراف وصارت بعضاً من أحكامه، ولكن ليس معنى ذلك أنه راعى العرف من حيث أنه عرف، بل إن الأعراف التي وافقت أحكامه أقرها فصارت ثابتة وحجة بإقراره إياها، لا لكونها أعرافاً بل لكونها موافقة لأحكامه. كما أن إلغاء الشارع بعض الأعراف التي كانت موجودة يضاد هذه الدلالة.

على أننا لا ندعي أن إلغاء هذه الأعراف كان بسبب أنها أعراف، بل كان لسبب مناقضتها لإحكام الشرع وأصوله.

٣- الإجماع:

ومما استدلّ به بعض الباحثين المعاصرين، الإجماع. وإنما يتصور هذا لو أن أهل الإجماع اطلعوا على العرف الذي يجري بين الناس، وأقرّوه، ولم ينكره أحد منهم، من دون أن يوجد ما يدعوهم إلى عدم الإنكار، أو أن يكون أهل الإجماع أنفسهم شاركوا في العمل بالعرف الذي جرى به العمل^(٢)، مثل ما جرى في الاستصناع وغيره.

ولا يبدو لنا أن مثل هذا يصلح أن يُسمّى دليلاً على حجية العرف، لأنّ الحجية ليست للعرف، وإنما هي للإجماع لكون المجتهدين قد عملوا به، أو أقرّوه. وإقرارهم لعرف معيّن لا يلزم منه أن يقرّوا غيره من الأعراف. وفي تعليقات الفقهاء لجواز بعض المعاملات المتعارف عليها بالإجماع ما يوضح ذلك. يقول الكاساني (ت ٥٨٧هـ) بشأن الاستصناع: (وأما جوازه فالقياس أن لا يجوز، لآثمه بيع ما ليس عند الإنسان، لا على وجه السلم، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان. ورخص في السلم، ويجوز استحساناً، لإجماع الناس على ذلك، لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار،

(١) مصادر التشريع في مالا نصّ فيه للشيخ عبدالوهاب خلاف (١٢٤)، وأثر العرف في التشريع الإسلامي (١٨٢) وما بعدها.

(٢) أثر العرف في التشريع الإسلامي (١٨٥) ..

من غير نكير^(١). وقد قيل مثل ذلك في معاملات عدّة، معلّين ذلك بمثل تعليل الكاساني (ت ٥٨٧هـ)، أو قريب منه، مما يمكن أن يسمّى العرف العملي.

فالحجّة هنا هي لتعامل الناس الذين منهم المجتهدون أهل الإجماع، وكأنّ العرف العامّ الذي لم ينكر كاشفٌ عن وجود المجمعين وموافقهم على ذلك.

٤- أدلة أخرى:

ولما كانت الاستدلالات السابقة غير واضحة تماماً في الدلالة على المراد، وكان في بعضها مجال للنقاش في سنده وفي دلّالته، أعرض بعض العلماء عن الاستدلال بها وأخذ بدليل آخر غير ذلك وسنكتفي بإيراد رأيين منها:

أ- رأي الشيخ المراغي: واستدل الشيخ محمّد مصطفى المراغي على حجية العرف بالأدلة العامة القاطعة النافية للخرج، قال: (وأرى أن العمل به عمل بالأدلة الشرعية، وعمل بما يستفاد من مدارك التشريع في مواطن كثيرة، وإن شئت فقل: إنه الكتاب ففي الكتاب الكريم ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وهذان النصان يجب أن تبقى سيطرتهما تامة على جميع التشريع الإسلامي، فإذا وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة يوقع في الخرج لحدوث ضرورة ما، أو لحدوث عرف عام يوجب تركه الخرج، وجب أن تقف النصوص الخاصة عن عملها في تلك المواطن، وأن يعمل بالنص العام القاطع الموجب لنفي الخرج. من ذلك نعلم أن العرف ليس دليلاً، وأنه لم يعمل به لاعتباره دليلاً، وإنما يعمل به امتثالاً للدليل العام القاطع الموجب لنفي الخرج^(٢).

ب- رأي الشيخ أبي سنّة: وذهب الشيخ أحمد فهمي أبوسنة إلى التفريق بين أنواع العرف الواردة في استعمالات الفقهاء، فرأى باستقرائه أنها أربعة واحد منها يدل

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢/٥ و ٣).

(٢) الاجتهاد في الإسلام (٥١).

على أن العرف دليل على مشروعية الحكم ظاهراً، وثلاثة تتعلق بتطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث، أو تفسير الأقوال أو الأفعال المنزلة منزلة النطق بالأمر المتعارف.

فالأول منها دليل ظاهري فقط وبإنعام النظر يرى على الدوام أنه مردود إلى دليل آخر من الأدلة الصحيحة. وتطبيقاً لكلامه هذا ردّ بعض الأحكام التي قيل أنها ثابتة بالعرف إلى الإجماع أو إلى دلالة الإجماع، في حالة عدم صحة ردّها إلى الإجماع، كما في التعامل الواقع في عصور التقليد، أو إلى المصلحة المرسلّة، أو إلى المنافع والمضار إلى غير ذلك من الأدلة المعتمدة، وعلى هذا فإن حجية العرف تنأتى من الأصل الذي رجع إليه.

أما الأنواع الأخر فهي الأعراف المعتمدة والمحتج بها عنده، وقد اعتبر الأدلة التي ذكرناها من الكتاب والسنة دليلاً على اعتبار العرف في تطبيق الكليات على جزئياتها، لا على حجية العرف مطلقاً، وأما الاحتجاج على الأنواع الأخر فاحتج بها بما جرى عليه الأمر منذ عهد الرسول ﷺ^(١).

وهذان الدليلان - فيما نراه - أفضل من الأدلة السابقة، لأنهما كشفنا عن أن العرف ليس دليلاً قائماً بنفسه، وقد علمنا في مجالات تطبيقه أنه لا يعدو أن يكون كاشفاً عن مناهات الأحكام الشرعية وأنه في مجال إنشاء الأحكام الجديدة لا يخرج عن حدود الملاءمة الشرعية، ولأن دليل الشيخ المراغي إضافة إلى ذلك رد اعتبار العرف إلى رفع الحرج، وقد علمنا رأي العلماء فيما بين العرف ورفع الحرج من صلة.

المطلب الثاني: تعقيب ونتائج

تلك هي أهم الأدلة التي قيلت في حجية العرف وهي وإن كانت ليست قوّة الدلالة بأفرادها، باستثناء دليلي المراغي وأبي سنة إلا أنها بمجموعها تكتسب شيئاً من القوّة في الدلالة على اعتبار العرف في الجملة، وهي دلالة ينبغي أن تكون مقيدة لا مطلقة، والذي يغلب على الظن بعد استعراض مجالات العادة أو العرف الطارئ، وما استدل به

(١) العرف والعادة (٣٢-٥٥).

عليهما، إن القول فيهما يتلخص في الآتي:

١- إن العادات والأعراف لما كانت ذات صلة شديدة بنفوس البشر، وكانت كاشفة عن ضرورة أو حاجة إنسانية، فإن الشارع راعاها في الحدود التي يترتب عليها رفع الحرج وتحقيق مصالح العباد، وحيث يكون الدليل عليها هو الدليل القاطع النافي للحرج، ولهذا فإنها معتبرة فيما كان عائداً إلى الأمور الجبلية والطبيعية عما لا قدرة للإنسان على الانفكاك عنها مطلقاً، نظراً لما يلزم من عدم مراعاته من التكليف بما لا يطاق وهو مدفوع عن الشريعة.

٢- أن الأعراف لما كانت عائدة إلى ما تستحسنه العقول لم يكن من الصواب القول بتحكيماها - فيما عدا ذلك - مطلقاً، وإلا لأدى الأمر إلى أن يكون الحاكم في الشريعة هو العقل، وهو غير مقبول على التحقيق.

ونحن نعلم أن الأعراف قد تنشأ عن أسباب مغلوطة أو باطلة نتيجة اضطراب في العقل أو اندفاع نحو الشهوات، فكيف يقال بتحكيماها؟

ولهذا فإن علاقة هذه العادات والأعراف الطارئة بالأحكام تتحدد في أمرين:

الأول: أن تكون مؤسسة ومنشئة لأحكام جديدة.

الثاني: أن تكون كاشفة أو ضابطة لا مؤسسة.

أ- أما الأول فلا يجوز الأخذ به إلا إذا كان ملائماً للشريعة ومن ملاءمته لها أن يكون منسجماً مع نصوصها وقواعدها العامة، وحيث إذا كان الأمر المعتاد أو المتعارف عليه غير معتبر ولا ملغى بدليل شرعي فهو في حقيقته عائد إلى المصالح المرسلة، فذليله دليلها غير أنه في حالة العرف اكتسب قوة باتفاق المسلمين على العمل به، ومن ضمنهم المجتهدون.

ب- وأما الثاني فإنه - وإن كان محكماً - لا يعتبر دليلاً قائماً بنفسه كالنص أو الإجماع، بل هو دليل كاشف أو مظهر ليس غير، فهو كالقياس يكشف ويظهر ولا يثبت، بل المثبت فيه هو الدليل الشرعي الذي ثبت به حكم الأصل،

فالبحث عن دليل على حجية العرف من حيث أنه مثبت للأحكام ليس كما ينبغي، لأنه لم يثبت حكماً على التحقيق، وإن كان قد يتعلق به بحسب الظاهر.

٣- أن الأعراف والعادات المعارضة للنصوص الشرعية لا اعتداد بها إلا في النطاق الذي ذكرناه، وهي في ذلك النطاق ليست معارضة للنص ولا مناقضة له، لأنها ستكون حينئذ كاشفة عن انتهاء العلة أو زوالها، وما زالت علة لم يبق حكمه فلا معارضة، وفيما ذكرناه في تعليل اشتراط عدم مخالفة العرف النص ما يكفي لتعليل عدم الاعتداد.

٤- أن العرف الذي يتحقق به الاستحسان ليس معارضاً للنصوص والقواعد الشرعية، بل هو في هذا المجال يكشف عن انتهاء العلة في الجزئيات المتعارف عليها، وعن أن تطبيق القياس أو القواعد أو العموم على هذه الجزئيات يفضي إلى حرج لا يرتضيه الشارع لعباده.

٥- إن القيود المذكورة للاعتداد بالعرف لا تعارض رفع الحرج، بل اعتبارها كان لتحقيق هذا الغرض نفسه، لأن العادات والأعراف التي لا تلائم الشريعة لا بد أن تكون متضمنة للمفاسد، سواء كانت واضحة أو خفية غير واضحة للعباد.

وقد علمنا أن الشريعة جاءت لتحقيق المصالح لا من حيث تحقيق أهواء المكلفين بل من حيث تقام الحياة الدنيا للأخرى، وأن الحرج كما يكون مادياً يكون معنوياً، وكما يكون دنيوياً يكون أخروياً كذلك، فالالتزام بالخط الذي ذكرناه عائد إلى الترجيح بين هذه الأنواع ودفع ما كان أعظم ضرراً وحرجاً.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث السابع
في مجال العرف والعادة

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

تمهيد: في بيان المجالات

المطلب الأول: العادات والأعراف التي هي أحكام شرعية

المطلب الثاني: العادات والأعراف التي بنيت عليها أحكام
شرعية

المطلب الثالث: العادات والأعراف التي ليست أحكاما شرعية
ولا مناطا لها

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث السابع في مجال العرف والعادة

تمهيد في بيان المجالات

وتقصد بذلك الميدان الذي يحكم فيه العرف والعادة، وهذا التحكيم يشمل ما بعد عصر الرسالة، أما ما قبل ذلك فقد سبق لنا بحثه.

ولبحث المجال التطبيقي للعرف والعادة لا بد من التنويه بأنه قد ورد على السنة الباحثين والفقهاء ما وسع دائرة العادات والأعراف، فأدخل فيها ما كان ينبغي أن يخرج منها، وحشر من التكررات ما هو بعيد عن مفهوم العادة والعرف اللذين نحن بصدددهما، ويمكن أن ندخل هذه العادات ضمن القسمين الآتين:

القسم الأول:

العادات الكونية التي هي سنن إلهية كجريان العادة بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة، وأن البذر سبب لنبات الزرع، والنكاح سبب للنسل، والتجارة سبب لنماء المال، وهذه العادات لا شك في اعتبارها وبناء الأحكام عليها، وقد وردت الأحكام الشرعية والحمد لله موافقة لهذه السنن، ومتلائمة مع ما تقتضيه تحقيقاً لمصلحة العباد ورفعاً للخرج عنهم، ودفعاً لتكليفهم بما لا يطاق، وقد أطنب الشاطبي في الحديث عن هذا النوع من العادات وأقام الأدلة على اعتباره ومراعاته في الشرع^(١)، وبالنظر لوضوح أمره وانكشافه نكتفي منه بهذا القدر منوهين إلى أن هذا النوع من العادات ليس مما يعتريه التبديل والتغيير، فلا يدخل في مجال قولهم لا ينكر تغير الأحكام بتغيير الأزمان، أو قولهم العادة محكمة، إذ مجال ذلك العادات والأعراف المتغيرة.

القسم الثاني:

العادات والأعراف ذات المصادر المادية والطبيعية والمقصود بها الأعراف والعادات

(١) الموافقات (٢/٢٨٦) وما بعدها.

الناشئة عن حالة طبيعية وخلقية في الإنسان، أو ناشئة عن الظروف البيئية والمناخية المحيطة به كشدة الحرارة والبرودة، أو اعتدال المناخ مما هي مختلفة باختلاف الأماكن وباختلاف الأفراد واعتبار أمثال هذه الأمور الجبلية عادة إنما يتأتى على تعميمات الفقهاء الذين لم يجعلوا إرادة الإنسان ركناً في العادة، خلافاً لعلماء النفس الذين جعلوها كذلك.

ومن أمثلة هذه العادات المستحاضة، ومن به سلس البول، أو استطلاق بطن، أو انفلات ريح، أو رعاف دائم، أو جرح لا يرقأ، فإن أمثال هذه الأمور ينطبق عليها معنى العادة في رأي الفقهاء إذ هي أمور متكررة من غير علاقة عقلية وهي حالات مرضية قهرية لم تدخل في إحداثها إرادة الإنسان، ومما يدخل ضمن هذه العادات أيضاً إسراع الحيض والبلوغ أو ابطاؤهما، إذ هما يتأثران بالجو والظروف المناخية، وليست للإنسان سيطرة عليها.

وهذه العادات لا بد من تحكيمها وبناء الأحكام عليها للأسباب الآتية:

١- ما ورد عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: جاءت فاطمة بنت حبيش إلى النبي ﷺ فقالت: (إني امرأة استحاض ولا أطهر، أفأدع الصلاة؟ فقال لها: اجنبي الصلاة أيام محيضك، ثم اغتسلي وتوضئي لكل صلاة ثم صلي وإن قطر الدم على الحصى)^(١)، ووجه الدلالة فيه أن الاستحاضة تقتضي أن لا تصح منها الصلاة لتجدد حالة النجاسة فيها، ولكن النبي ﷺ أهمل هذا التجدد واكتفى بأمرها بالوضوء قبل الصلاة، واعتبر الطهارة قائمة حتى الانتهاء من صلاتها، على الرغم من وجود النجاسة المستفاد من قوله ﷺ وإن قطر الدم على الحصى.

وسواء ذهبنا إلى أن المقصود من ذلك أن تتوضأ المستحاضة لكل صلاة بعينها كما ذهب الشافعي وأحمد وغيرهما، أو إلى أنها تتوضأ لكل وقت وتصلي فيه ما شاءت من الصلوات كما ذهب إليه العترة وأبو حنيفة^(٢). فإن مراعاة التيسير متحققة على كلا

(١) راجع في ذلك: تبين الحقائق (١/٦٤)، وفتح القدير لابن الهمام (١/١٢٥). ونيل الأوطار (١/٢٦٤).

(٢) نيل الأوطار (١/٢٦٥).

التفسيرين. ويضاف إلى ذلك أن الشارع اكتفى بالغسل مرة واحدة عند انقضاء الحيض رفعاً للخرج^(١).

٢- إن عدم اعتبار هذه الأعذار فيه تكليف بما ليس في الوسع، وكل تكليف بما ليس في الوسع باطل بيان ذلك: أن هذه أمراض بدنية في بعض أجهزة وأعضاء الإنسان، وما كان كذلك فلا سيطرة لإرادته عليه، وأما بطلان التكليف بما ليس في الوسع فهو مما قام عليه الدليل، وانفتت بشأنه كلمة جمهور الأصوليين.

٣- استقراء جزئيات الشريعة دل على أن الشارع الحكيم لم يأمر بما هو مناقض لما هو من قبيل هذه العادات، بل إن أحكامه جاءت على وفاقها وأوامره دلت على مراعاتها. ومما يلحق بهذه العادات الصفات الجبلية التي لا كسب للإنسان فيها، كالغضب والفرح، والحب والبغض، والسواد والبياض، والطول والقصر، مما هو ليس في قدرة الإنسان. إذ راعاها الشارع ولم يرتب عليها عقوبة ولا أجراً^(٢).

فهذان القسمان من الأعراف والعادات يدخلان تحت مدلول العادة عند كثير من علماء المسلمين، وقد أشرنا إليهما لنعطي فكرة متكاملة عن تصور هؤلاء العلماء الواسع لهذا المدلول، وقد لاحظنا مراعاة الشارع الحكيم لهما وبناء الأحكام على وفقهما، فلا داعي للإطالة في شرح ذلك، ما دام رفع الخرج واضحاً في مراعاتهما. بقي بعد ذلك أن نتحدث عن العادات والأعراف فيما عدا هذا المجال، وهذه العادات والأعراف لا تخرج عن ثلاث صور هي:

أولاً: أن تكون الأعراف والعادات بعينها أحكاماً شرعية.

ثانياً: أن تكون مناهياً للأحكام الشرعية.

ثالثاً: أن لا تكون أحكاماً شرعية ولا مناهياً لها^(٣).

وستتكلّم عن هذه الصور في ضمن ثلاثة مطالب فيما يأتي:

(١) المصدر السابق.

(٢) مباحث الحكم عند الأصوليين للدكتور محمد سلام مذكور (١/١٩٣ و ١٩٤).

(٣) أنظر: ضوابط المصلحة (٢٨٠) وما بعدها.

المطلب الأول: الأعراف والعادات التي هي أحكام شرعية

وهي التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، ومعنى ذلك كما يقول الشاطبي: «أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهة أو تحريماً، أو أذن فيها فعلاً أو تركاً»^(١) كالتطهر عن النجاسات وستر العورات والامتناع عن التعري وانفاق الرجل على الزوجة وما شابه ذلك. فإن أمثال هذه العادات التي هي أحكام شرعية لا يجوز فيها التغيير والتبديل، وإلا لأدى الأمر إلى نسخ الشريعة وتبديل أحكامها ولا نسخ ولا تبديل بعد موت النبي ﷺ. وعلى هذا لا يتبدل حكم الحجاب الشرعي بسبب ما اعتاده الناس من التعري والاختلاط، ولا يتبدل حكم انفاق الرجل على المرأة إلى إنفاق المرأة على الرجل بسبب تبدل العادات والأعراف، ولا يلغى قصاص ولا حد ولا أي من العادات الشرعية لما هو طارئ من العادات.

ولئنما لم تتغير هذه الأعراف والعادات لما يترتب عليها من المصالح الدينية والدنيوية التي تعرف عن طريق الشارع، وجهل الإنسان لما يترتب على ذلك من المنافع لا يعني إلحاق حرج به، إذ لا بد من أن تكون وراء المنافع الظاهرية الموهومة مفسد حقيقية.

ومن العادات الشرعية اعتياد صوم يومي الاثنين والخميس أو صوم الأيام البيض، أو ست من شوال. لكنّها بالنسبة للأفراد قد تتغير، ومعنى ذلك هو تركها فترة من الزمن، مثلاً، وينبغي على اعتياد الفرد لها مسائل متعددة، كأن يصادف يوم الاعتياد يوم يمنع فيه الصيام كيوم الشك، وما بعد النصف من شعبان، فقد أجازوا لذي العادة أن يصومه إن صادف يوم عاداته.

المطلب الثاني: الأعراف والعادات التي تبني عليها أحكام شرعية

والمقصود بها العادات والأعراف التي تعلّق بها الحكم الشرعي بأن كانت منطناً له، وكان مترتباً عليها، سواء كانت كاشفة عن علته أو حكمته، أو كاشفة عن محله، أو

(١) الموافقات (٢/٢٨٣).

مفسرة له، أو مخصصة لعامة، أو مقيدة لمطلقه أو غير ذلك.

والعادات أو الأعراف في هذه الحالات وسيلة المفتي والمجتهد والحاكم في إظهار الحق من الباطل، والكشف عن متعلقات الحلال والحرام، كالحكم بالضمان أو عدمه بهلاك الودائع وما هو من قبيل الأمانات، فإنه يحتاج إلى معرفة الحرز والحافظ، وذلك يكشفه العرف أو العادة، ويوضحه.

وقد أورد العلماء عشرات الأمثلة المختلفة الموضوع، تطبيقاً لأعمال قاعدة (العادة محكمة) نجد من المناسب تصنيفها وضبطها في ضمن أطر محددة، وعناوين مختلفة. وفيما يلي بيان ذلك:

الفرع الأول: جهود العلماء في ضبط مجالات إعمال الأعراف والعادات

يورد العلماء -رحمهم الله- كثيراً من المسائل الفقهية الداخلة في مجال هذه القاعدة، ولكنهم في الغالب يسردونها دون أن يصنفوها، أو يجمعوا ما تشابه منها في ضمن مجموعة واحدة.

ومن العلماء الذين سردوا العديد من هذه المسائل الشيخ عز الدين بن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ)^(١)، ومحمد بن عمر المعروف بابن الوكيل (ت ٧١٦هـ)^(٢)، وأبوسعيد خليل بن كيكلي المعروف بالعلائي^(٣)، وبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (ت ٧٩٤هـ)^(٤)، وأبوبكر بن محمد المعروف بتقي الدين الحصني (ت ٨٢٩هـ)^(٥)، وجلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١هـ)^(٦)، وزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)^(٧)، وغيرهم ممن تناثرت أمثلة العادة محكمة في مواضع مختلفة من

(١) قواعد الأحكام (١٠٧/٢) وما بعدها.

(٢) الأشباه والنظائر (١٥٦/١) وما بعدها.

(٣) المجموع المذهب (٤٠٥) وما بعدها.

(٤) المتشور (٣٥٦/٢).

(٥) القواعد (٣٦٠/١) وما بعدها.

(٦) الأشباه والنظائر (٩٩) وقد ذكر ما يقرب من خمسين مسألة.

(٧) الأشباه والنظائر (٩٣ و ٩٤).

كتبهم وفتاويهم^(١). على أن ما ذكرناه لا يعني طمس محاولات بعض العلماء في هذا الشأن. ومن هذه المحاولات إدخال الشيخ ابن عبدالسلام (ت ٦٦٠هـ) ما أورده من الأمثلة الفقهية ضمن ثلاث طوائف في ضمن عناوين معينة، هي:

١. تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما. وقد ذكر فيه ثلاثاً وعشرين مسألة، أضاف إليها أن إشارة الأخرس المفهمة، هي كصريح المقال، إن فهمها جميع الناس^(٢).

٢. حمل الألفاظ على ظنون مستفادة من العادات لمسيس الحاجات إلى ذلك، وذكر لذلك ثلاثة وعشرين مثلاً^(٣).

٣. الحمل على الغالب والأغلب. وذكر ثلاثة أمثلة، ثم ذكر فائدة نصّها:

(كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل)^(٤).

وقد كانت الأمثلة التي ذكرها هذا العالم الجليل أصلاً لما أورده العلائي (ت ٧٦١هـ)، والحصني (ت ٨٢٩هـ)، ومن بعدهم. ولم يكن تصنيفه لما ذكره من الأمثلة حاصراً، إذ توجد فروع لا تدخل في ضمن ما ذكر، كما أنه أورد ما هو في ضمن طائفة معينة في طائفة أخرى.

ومن هذه المحاولات حصر الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) لمجالات عمل العرف في أربع، هي:

١. معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية، كصغر ضبة الفضة وكبرها، وغالب الكثافة في اللحية ونادرها، وقرب المنزل وبعده، وكثرة فعل أو كلام

(١) كالإمامين ابن تيمية وابن القيم. انظر في ذلك: القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها، جمع ودراسة من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٤٦١-٤٧٨) وقد ذكر المؤلف (٥٠) مسألة، وكتاب القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين في مواضع مختلفة.

(٢) قواعد الأحكام (١٠٧/٢) وما بعدها.

(٣) المصدر السابق (١١٥/٢) وما بعدها.

(٤) المصدر السابق (١٢٠/٢) وما بعدها.

وقلته في الصلاة، وثن المثل ومهر المثل، والكفء في النكاح، ومؤنة في النفقة، والكسوة، والسكن، وما يليق بحال الشخص من ذلك.

٢. معرفة المقادير: كالخيض والطهر وأكثر مدة الحمل، وسنّ اليأس.

٣. ضبط فعل غير منضبط تترتب عليه الأحكام.

كالإحياء في إحياء الموات، والإذن في الضيافة، ودخول بيت قريب، وتبسّط مع صديق، وما يُعدّ قبضاً، وإيداعاً، وهديّة، وغصباً، وحفظ وديعة، وانتفاعاً بعارية.

٤. الرجوع إليه في أمر مخصّص.

كالفاظ الأيمان، والوقف، والوصيّة، والتفويض، ومقادير الكيل والموازين، والنقود، وغير ذلك^(١).

ويبدو أنّ بعض المسائل وضعت في غير موضعها، أو أنّ بينها نوعاً من التداخل، ومهما يكن من شيء فإنّ ما قام به الحافظ ابن حجر - رحمه الله - يُعدّ نقلة نوعية وجيدة في هذا المجال.

وقد قام عدد من العلماء المعاصرين بمحاولات لضبط مجالات العمل في العرف، منها: محاولة الشيخ أحمد فهمي أبي سنّة في كتابه (العرف والعادة في رأي الفقهاء)، وجعل ذلك في المقال الثامن من كتابه المذكور. وقسم هذا المقال إلى أربعة فصول:

الفصل الأول في المعقود عليه والبدل^(٢). والفصل الثاني في صيغة التصرف^(٣).

والفصل الثالث في معرفة الخيارات والحقوق^(٤). والفصل الرابع في النقدين^(٥).

وهو تصنيف جيد ولكنه غير حاصر لكل المجالات، وقد درس، في كل مجال ذكره،

(١) فتح الباري (٤/٤٠٦)، وقد ورد كلامه هذا في شرح الحديث رقم (٢٢١٢) في قوله ﷺ لهند بنت معاوية بن أبي سفيان: خذي ما يكفيك بالمعروف.

(٢) (١٢٩).

(٣) (١٤٧).

(٤) (١٧٣).

(٥) (١٨٢).

عددًا محدودًا من المسائل ، دراسة فقهية معلّلة.

ومن بحث ذلك من المعاصرين د. السيد صالح عوض في كتابه (أثر العرف في التشريع الإسلامي) في الباب الرابع من كتابه المذكور. وقد شَعَبَ الكلام فيما لا يخدم المراد من ذلك بصورة مباشرة، وجعل هذا الباب مشتملاً على (١١) إحدى عشرة مسألة أو بحثاً، هي:

١. العرف ومصادر التشريع.

٢. العرف وأقسام التشريع.

٣. العرف الذي تحمل عليه الألفاظ.

٤. العرف وتخصيص العام.

٥. العرف وتقييد المطلق.

٦. العرف والإجماع.

٧. العرف والقياس.

٨. العرف والاستحسان.

٩. العرف والمصلحة.

١٠. العرف والاستصحاب.

١١. العرف وسدّ الذرائع^(١).

وقد درس جميع هذه المسائل دراسة فقهية، وأحياناً أصولية، وقد توسّع في الجانب النظري منها، وأدخل بعضها في المجال الذي نحن بصددده للملابسات ضعيفة.

وبعض الدراسات المعاصرة تكلمت عن مجالات العرف، بحسب الأبواب الفقهية

كالكلام عن أثره في الطهارة، وعن أثره في الصلاة، وعن أثره في الزكاة، وعن أثره في الصيام، وعن أثره في الحج، وعن أثره في كتاب البيوع، والإجارة والوقف إلى غير ذلك من الأبواب الفقهية^(١). ويترتب على مثل هذا العمل عدم الوضوح في الاعتبار وتكرار الضابط في كل باب أو كتاب من كتب الفقه، فضبط اليسير والكثير - مثلاً - مسألة عامة لا تقتصر على الطهارة أو الصلاة، أو الصيام، أو البيوع، بل هي تتناول كل موضع اغتفر فيه اليسير ولم يغتفر الكثير. وهكذا الشأن في الضوابط، أو الاعتبارات الأخر.

الفرع الثاني: ما نختاره في ضبط مجالات إعمال قاعدة (العادة محكمة)

وبعد النظر في عشرات المسائل الفقهية التي ذكرت في كتب القواعد، وما أطلعنا عليه من ضوابط بعض العلماء المتقدمين والمعاصرين، فإننا نختار ضبط مجالات العرف والعادة، أو قاعدة (العادة محكمة) في ضمن ما يأتي:

أولاً: الكشف عن الصفات التي هي مناط للأحكام الشرعية والتي عبر عنها بعض العلماء بأسباب الأحكام من الصفات الإضافية^(٢) وهي كثيرة يمكن تصنيفها - بحسب الاستقراء - في ضمن مجموعات ممتدة، نذكر منها ما يأتي:

١ - مالية المعقود عليه، وتقوّمه، وتحديد القيمي والمثلي منه.

أ - مالية المعقود عليه: وهي شرط فيه ليصح العقد، لأن بيع ما لا مالية له باطل، إذ هو من باب أكل أموال الناس من غير وجه حق. ولكن متى يكون الشيء مالاً منتفعاً به ومتى لا يكون؟ لقد ذهب الحنفية إلى أن المقياس في معرفة مالية الشيء وعدمها، هو عرف الناس وتعاملهم، ولهذا فقد جوزوا بيع الزبل وذرق الحمام الكثير مع أنها من المستقذرات، لكون الناس قد تمولوها وانتفعوا بها في

(١) انظر على سبيل المثال (العرف وأثره في الشريعة والقانون) للدكتور أحمد بن علي سير، والعرف حجته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة لعادل بن عبدالقادر قوته.

وانظر كتاب (نظرية العرف) للدكتور عبدالعزيز الحياط، الذي بحث في قضايا متفرقة من أبواب الفقه. وكذا كتاب العرف وأثره في التشريع الإسلامي لمصطفى عبدالرحيم أبو عجيبة.

(٢) فتح الباري (٤/ ٤٠٦).

تسميد الأرض، كما انتفعوا بالسرقة واستخدموه للغرض ذاته. قال الزيلعي، في صدد تعليل جواز بيعه دون كراهة: (إن المسلمين تمولوا السرقة من دون نكير)^(١)، وخالف في ذلك مالك والشافعي وابن حنبل ملاحظين فيه معنى النجاسة، قال ابن قدامة في تعليل منع بيعه: (ولنا أنه مجمع على نجاسته فلم يجوز بيعه كالميتة، وما ذكروه فليس بإجماع فلم يجوز بيعه كرجيع آدمي)^(٢).

ب- تقوّم المعقود عليه: المتقوّم لغة مأخوذ من قوم السلعة تقويمًا، أي حدّد لها قيمة. فالمال المتقوّم ماله قيمة. وفي الاصطلاح قالوا: إن المال المتقوّم ما كان محرزًا، وأباح الشارع الانتفاع به على وجه السعة والاختيار^(٣). وهو معنى ما ذكره الحنفية من أن المال المتقوّم ما يمكن ادّخاره، ويباح الانتفاع به شرعاً^(٤). والقيمة التي هي علامة المتقوّم ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب^(٥). أو أنّها الثمن الحقيقي للشيء^(٦). وتحديد المعنى المتقدم يكون بالنظر إلى ما اعتاد عليه التجار وأصحاب السوق، ولهذا قيل القيمة ما يقدر به الشيء حسب سعره في السوق^(٧). وفي هذا إعمال لعادتهم.

ج- تحديد القيمي والمثلي من الأشياء: يطلق القيمي على ما ليس له نظير في الأسواق^(٨)، أو يكون له نظير ولكن تتفاوت أجزاؤه أو أحاده تفاوتاً يعتدّ به في الأسواق. أمّا المثلي فهو ماله مثل في الأسواق، لا تتفاوت أجزاؤه، إن كان مكيلاً أو موزوناً، ولا أحاده، إن كان معدوداً، تفاوتاً يعتدّ به في

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (٦ / ٢٦).

(٢) المغني (٤ / ٢٢٩).

(٣) الاقتصاد الإسلامي للدكتور حسن علي الشاذلي (٨٨).

(٤) قاعدة المثلي والقيمي (١٨).

(٥) الهداية بشرح نتائج الأفكار (٧ / ٤٣٧).

(٦) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٣ / ١٣١).

(٧) قاعدة المثلي والقيمي (١٨).

(٨) الاقتصاد الإسلامي (٩٨).

المعاملات^(١). وحده أبو حامد الغزالي (ت ٥٠٥هـ) بأنه ما تماثل أجزاءه في المنفعة والقيمة، من حيث الذات، لا من حيث المنفعة^(٢).

ولعلماء الشافعية أقوال مختلفة في المسألة، ذكر الرافعي (ت ٦٢٣هـ) في شرحه للوجيز خمسة منها^(٣)، ليس لذكرها هنا، أثر في المطلوب من تحديد العرف للمثلي والقيمي.

ومن المعلوم أن العوامل الخارجية، كحالة توفر السلع أو عدم توفرها في السوق، لها أثر في جعل الشيء مثلياً أو قيمياً، بجانب الظروف الطبيعية للسلعة^(٤).

٢- ضبط صفات العدالة والمروءة والكفاءة في النكاح

أما العدالة فقليل أنها ملكة في الشخص تحمله على ملازمة التقوى والمروءة^(٥) وقليل إنها ملكة راسخة في النفس تمنع عن اقتراف كل فرد من أفراد الكبائر، ومن صفات الحسنة كسرقة لقمة، وتطفيف ثمرة، والردائل الجائزة كبول في طريق، وأكل غير سوقي به^(٦). وذكر بعضهم تعريفاً للعدل ببيت من الشعر هو:

والعدل من يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر^(٧)

وأما المروءة فهي التنزه عن بعض الخسائس والنقائص التي هي خلاف مقتضى الهمة، مثل فعل بعض المباحات الدنية كالأكل والشرب في الأسواق، والبول في

(١) المصدر السابق (٩٧، ٩٨).

(٢) الوجيز (١ / ٢٠٨).

(٣) فتح العزيز بشرح الوجيز (مع المجموع للنووي) (١١ / ٢٦٦).

(٤) الاقتصاد الإسلامي (٩٨).

(٥) النخبة النبهانية في شرح المنظومة البيقونية (٣٣).

(٦) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٢ / ٤٨٠).

(٧) النخبة النبهانية (٣٣).

الطرقات وأمثال ذلك^(١). وقيل إنَّها قوَّةٌ للنفس تكون مبدأً لصدور الأفعال الجميلة عنها، المستتبعة للمدح شرعاً وعقلاً وعرفاً^(٢). وقيلت فيها وفي العدالة تعريفات متعدِّدة تدور حول المعنى الذي ذكرناه.

ولا شك أنَّ معرفة ما ذكر ينبغي أن توزن بالمقاييس الشرعية. وفي تحديد المقبول والمرفوض من الأفعال والصفات فيما عدا ذلك، إنَّما يعرف من العادات المستقرَّة المقبولة. ولهذا قال في المصباح المنير: إنَّ العدالة صفة توجب مراعاتها الاحتراز مما يخلُّ بالمروءة عادة^(٣).

وأما الكفاءة فهي كون الزوج نظيراً للزوجة^(٤). وتحديد كونه نظيراً إنَّما هو في الصفات، لا في الشكل، وهذه الصفات التي يُحرَّص على وجودها في الزوج أو الزوجة، ليتَّم بينهما الانسجام. ولا يلحق بأي منهما ما يضرُّ بسمعته، إنَّما تعرف من مجاري العادات، وما تعارفه المجتمع.

٣- ضبط المشقة والخرج فيما ليس فيه ضابط شرعي

المشقة في اللغة الجهد والعناء والشدة، يقال شقَّ عليه الشيء يشقُّ شقاً ومشقةً إذا أنصبه، ومنه قوله تعالى: ﴿لَمْ تَكُونُوا بِلَغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ﴾ [النحل: ٧]. والخرج يطلق على معانٍ متعدِّدة ولكنها، جميعاً، لا تخرج في دلالاتها عن معنى الضيق. ولا شك أنَّ الخرج والمشقة يقتضيان التيسير والتخفيف، ونظراً إلى أنَّ الشارع لم يضبط كل أنواع الخرج والمشقة بأسبابها، فإنَّ بعض أنواع المشقة تختلف باختلاف الأشخاص والأزمان. ومن أجل ذلك احتيج إلى ضبط المشقة والخرج. والعرف من أفضل الوسائل إلى الضبط، وقد ذكر الشاطبي (ت ٧٩٠هـ) أنَّ تلك المشقة التي تستوجب التيسير، هي

(١) المصدر السابق.

(٢) التعريفات (١٨٦)، والتوقيف على مهمَّات التعاريف (٣٠٣).

(٣) المصباح المنير (العدل).

(٤) التعريفات (١٦٢)، والتوقيف على مهمَّات التعاريف (٢٨٢).

الخارجة عن المعتاد في الأعمال العادية. قال: (فكثير مما يظهر بباديء الرأي من المشقات أنّها خارجة عن المعتاد لا تكون كذلك لمن كان عارفاً بمجاري العادات)^(١).

ويقول الشيخ محمد رشيد رضا (ت ١٩٣٥ م): (فالرجوع إلى العرف فيما يشقّ على الناس وما لا يشقّ عليهم ضروري، لا بدّ منه، وهو لا يعرف إلاّ بمباشرة الناس وتعرّف شؤونهم وأحوالهم)^(٢).

٤- ضبط أسباب المشقة المعتد بها من قبل الشارع.

ذكر العلماء طائفة من الأسباب التي إذا وجدت وجدت المشقة، عندها. وهي الأسباب التي قامت الأدلة الشرعية على الأخذ بها. وسنكتفي بذكر سببين منها، تاركين سائر الأسباب، لأنها مما يتبع فيها ما يتبع فيما سنذكره.

أ- المرض: وهو من الأسباب التي ثبت ترتيب الرخص عليه بالكتاب والسنة وإجماع العلماء. ومن الأمراض ما هو يسير كأدنى وجع في الأصبع، ومنها ما هو شديد. والاعتبار باليسير، والتفرقة بين الأمراض، وبيان المرض المؤثر في الشخص، يعود إلى الأعراف والعادات، المعروفة لأهل الاختصاص.

ومثل ذلك تحديد مرض الموت، أي المرض الذي يعقبه الموت، والمقصود بالعادة أو العرف هنا، ما هو من عادة الطبيعة الإنسانية، وما يقرّره الأطباء بشأن جريان ذلك على جميع الناس، وتحديد أنواع الأمراض التي اعتادوا على نظرها ومعرفتها، سواء كانت من الأمراض التي تقتضي التيسير، أو من الأمراض التي يترتب عليها الموت في العادة، مما لا يرجى شفاؤه.

ب- السفر: وهو من أسباب المشقة وتترتب عليه رخص عبدة، كجمع الصلاتين، وقصر الصلاة الرباعية، والتيمّم، والمسح على الخفين بمدد أكثر مما هو مسموح به للمقيم، وكالأفطار في صوم رمضان، وغيرها. وقد اختلف

(١) الموافقات (٢/١٥٨).

(٢) تفسير القرآن الحكيم (المنار) (٦/٢٧١).

العلماء في ضبط معنى السفر المباح للرخص، وقد رجح عدد من المحققين منهم الاعتماد على ما هو متعارف عليه ومعتاد. قال الإمام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ):
(إنَّ السفر يرجع فيه إلى مسمّاه لغة وعرفاً)^(١).

لكن طائفة من العلماء رأَت ضبط ذلك بالمسافة، سواء كانت بالزمن كسير ثلاثة أيام، أو سيريوم واحد بالسير الوسط، أو كانت بطول المسافة كتقديره بأربعة برد. أو أقلّ من ذلك^(٢). والذي يبدو أنّ هذه التقديرات عائدة إلى العرف والعادة، أيضاً، لأنهم رأوا هذا الزمن، أو هذه المسافة، مما تتحقق فيها المشقة في العادة والله أعلم.

٥- تعيين مقاييس الأشياء ومعاييرها.

فيما إذا كانت بالوزن أو بالكيل، كما هو الشأن في أموال الربا، لأنّ معرفة كون الشيء موزوناً، أو مكيلاً أو عددياً، إنّما يكون بحسب ما هو معتاد في معاملات الناس، ومثل ذلك المقاييس الطولية المتبعة في العادة، سواء كان ذلك بالأذرع، أو الأمتار، أو الأقدام، أو الياردات، أو غيرها. ففي جميع هذه الأحوال يتّبع ما هو المعتاد بين الناس، بحسب نوع السلع أو الأعيان، المراد ضبطها. بمقياس معين. وقد تختلف باختلاف الأزمنة، كما لوحظ في أنّ بعض ما كان يكال أصبح موزوناً، وما كان عددياً أصبح موزوناً أيضاً، وهكذا في سائر ما ذكرنا. وقد يترتب على هذا التبدّل والتغيّر في العادات، تبدّل في الحكم على بعض الأموال الربوية.

٦- ضبط معنى الحرز الذي تحفظ فيه الأشياء، وتترتب عليه الأحكام.

الحرز في اللغة الموضع الحصين وجمعه أحرار، وفي الاصطلاح هو المكان الذي تحفظ فيه الأشياء، وهو ما لا يُعدّ الواضع فيه مضيّعاً عرفاً، وهو قسمان:
الأول: حرز لمعنى فيه، وهو المكان المُعدّ للإحراز، أي الحفظ، كالبيوت والدور،

(١) مجموع الفتاوى (٢٤٧/١٩).

(٢) بداية المجتهد (١/١٦٢).

والخانات والصندوق، والفسطاط، والزريبة، وهذا هو المعنى الحقيقي للحرز.

الثاني: حرز بالحافظ لا بالمكان. كمن جلس في الطريق أو المسجد وعنده متاعه، فالتاع محرز بصاحبه، فيكون حرزاً معنًى، أو مجازاً^(١) ومعرفة الحرز تترتب عليه أمور كثيرة منها:

أ- حدّ السرقة، الذي يشترط فيه أن يكون الأخذ من الحرز، مما يترتب على تحقّقه إقامة الحدّ، بعد استيفاء الشروط الأخر، أو درء الحدّ إن لم يكن الأخذ من الحرز.

وتحديد الحرز يكون بحسب ما يحفظ فيه ونوعه، ووفقاً لما جرت العادة بشأنه. فالاسطبل حرز للدواب، وإن كانت نفيسة وكثيرة، وليس حرزاً للثياب والنقود.

وعرصة الدار والدكة التي في جانب الدار حرز للأواني، وثياب البذلة. والصناديق ونحوها حرز للذهب والنقود والأشياء النفيسة. كاللآلئ والجواهر والأحجار الثمينة وما شابهها. والمتبن حرز للتبن، وهكذا^(٢).

وفي العادات الجارية في أيامنا هذه وجدت طرق متعدّدة للحفظ، ومستودعات ومحلات، ودواليب، وصناديق أكثر إحكاماً من ذي قبل، وجرت العادة أن تحفظ كل حاجة بما يناسبها من طرق الحفظ.

ب- ضمان الودائع والأمانات، ممن لم يحفظها بما هو حرز مثلها، لأنه في هذه الحالة يُعدّ مفرطاً، فيلزّمه الضمان^(٣).

(١) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهيّة (١/ ٥٦٢).

(٢) المجموع المذهب (٤٠٧، ٤٠٨)، والقواعد للحصني (١/ ٣٦٠، ٣٦١).

(٣) قواعد الأحكام (٢/ ١٠٨)، والقواعد للحصني (١/ ٣٦٥).

٧- إحياء الموات :

الموات ما لا ينتفع به من الأراضي، بأن لا يستغل بزراعة ولا بناء، وليست مرعى ولا محتطباً لطائفة من الناس، أو مكاناً لإلقاء القمامة، أو وضع الأتربة أو المحصولات^(١) وقد ورد عن النبي ﷺ أنه قال: (من أحيا أرضاً ميتة فهي له)^(٢) فالإحياء -على هذا- سبب للملكية الأرض الميتة، ولكن هذا لا يكون إلا بشروط بعضها متفق عليه وبعضها يختلف فيه^(٣).

وتحديد ما يتحقق به إحياء الأرض يكون بإزالة سبب الموات، وقد ذهب طائفة من العلماء إلى تحديد المراد بالإحياء، فإن كان السبب في موت الأرض فساد التربة فإحيائها بجرثها وتسميدها وإزالة أسباب الفساد. وإن كان بسبب كونها مغمورة بالمياه فإحيائها يكون بتجفيفها وإنشاء وسائل صرف المياه عنها، وإقامة السدود حولها، وإن كان السبب في موتها عدم وصول الماء إليها، فيكون إحيائها بإيصال المياه إليها، كما أن الإحياء يتحقق بالبناء والتسوير، أيضاً. ويرى كثير من العلماء أن الحديث لم يربط الإحياء بفعل معين، ولهذا فإنه يرجع في ذلك إلى العادة والعرف؛ لأن ذلك يختلف باختلاف العادات، وباختلاف الزمان والمكان^(٤).

ثانياً: الكشف عما به الترجيح في مواطن النزاع عند عدم البينة، أو النص عليه. كالاختلافات التي تقع بين البائع والمشتري والمؤجر والمستأجر، وفي طائفة من أحكام الرهن، والإيداع، والعارية، والغصب، والضمان وغيرها. وننبه هنا إلى أن ما سنذكره في هذا المجال قد يكون من مشمولات المجال السابق، من حيث إنه يكشف عن الصفات التي هي مناط للأحكام، وأن العودة إلى هذا الضابط إنما

(١) الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود (٣٢٦).

(٢) رواه أبو داود والترمذي وأحمد عن جابر بن عبد الله، وفي رواية عن سعيد بن زيد.

انظر: نيل الأوطار (٥ / ٣٢٢).

(٣) انظر هذه الشروط في كتاب الشريعة الإسلامية للشيخ بدران أبو العنين بدران (٣٢٦، ٣٢٧).

(٤) المصدر السابق (٢٢٧).

تكون لحسم مادة الخلاف، فكلّ ما هو ضابط في هذا المجال هو ضابط في المجال الأول، ولا عكس.

وسنذكر فيما يأتي طائفة من هذه الأمور المرجّحة التي تحكم فيها العادة أو العرف، ومن الممكن أن يقاس عليها ما لم يذكر، مما يماثلها من الصفات التي تصلح للترجيح في مواضع الخلاف:

١ - ما يعتبر عيباً في المبيع:

من المقرر شرعاً أن يكون المعقود عليه سليماً خالياً من العيوب، وتندفع به حاجة الإنسان على الكمال، فيكون وصف السلامة كالمشروط في المبيع، ولهذا فإنّه إذا فات هذا الوصف ثبت خيار العيب للمشتري، ويسمى أيضاً خيار النقيصة^(١). وقد ثبت هذا بطائفة من الأخبار الواردة عن النبي ﷺ^(٢). وقضى السلف به في مسائل متعدّدة^(٣).

والعيب هو الشين في الشيء. وعُرف بأنه ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة ممّا يُعدّ نقصاً^(٤). واتفق جمهور الفقهاء على أنّ العيب في المبيع^(٥) يثبت للمشتري الخيار في إمضاء العقد والقبول بالمبيع، على حاله، أو ردّه على بائعه. ولكن أيّ الأوصاف

(١) حاشية القليوبي على شرح المنهاج (١٩٧/٢).

(٢) انظر طائفة منها في تلخيص الجبير (٢٢/٢ - ٢٤).

(٣) المصدر السابق.

(٤) فتح القدير (١٥١/٥).

(٥) ذكر بعض العلماء أنّ العيوب ثمانية أقسام، هي:

أ- عيب المبيع، وهو المراد هنا.

ب- عيب الغرّة.

ج- عيب الأضحية والهدي والعقيقة، وهو ما نقص اللحم.

د- عيب الإجارة، وهو ما أثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت في الأجرة.

هـ- عيب النكاح، وهو ما يخل بالمقصود الأصلي، كالتنكير عن الوطاء وكسر الشهوة.

و- عيب الصداق، وهو قبل الطلاق كعيب المبيع، وقبل الدخول ما يفسد به غرض صحيح، سواء غلب في جنسه عدمه أو لا.

ز- عيب الكفارة، وهو ما يضرّ بالعمل إضراراً بيناً.

ح- عيب المرهون، وهو ما ينقص القيمة فقط.

انظر: حاشية قليوبي على شرح المنهاج (١٩٧/٢).

يعتبر عيباً وآيها لا يعتبر كذلك؟ في هذه الحالة يكون العرف حكماً صالحاً لتعيين ذلك، لأنَّ العيب في الغالب هو ما ينقص من قيمة المبيع، وذلك يحدّده أهل العرف، فعلة الخيار، إذن هي العيب، والكاشف عن هذا المناط هو العرف، كما قلنا. قال ابن القيم (ت ٧٥١هـ): (إذا كان الشيء عيباً في العادة رُدَّ به المبيع، فإن تغيّرت العادة بحيث لم يعد عيباً لم يردَّ به المبيع)^(١).

وقد تكلم عدد من الفقهاء عن هذا المجال، وذكروا طائفة من الصفات التي تُعدّ عيباً في المبيع، لكنها مما وقع فيها الخلاف، ولعلَّ مرد ذلك إلى اختلاف العادات والأعراف والأزمان. وقد صرّح الكثيرون منهم برّد ذلك إلى العرف^(٢).

٢- ما يتحقّق به العلم بالمقصود في خيار الرؤية:

عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه^(٣) فقد أثبت الحديث الشريف خيار الرؤية للمشتري وبه أخذ الأحناف خلافاً للشافعي^(٤)، ولكن بم تتحقّق هذه الرؤية؟ ومتى يسقط حق المشتري فيها؟ لا شك أن رؤية كل المبيع تحقّق العلم به كمن اشترى إناء فرآه، ولكن إن كانت الرؤية قاصرة على بعض المبيع فهل يعتبر ذلك رؤية تسقط حق المشتري في ترك البيع؟ ذكر كثير من العلماء أنه إن تعذرت رؤية الكل شرعاً أو عادة فإنه يكتفى برؤية ما يفيد العلم بالمقصود، وما يفيد العلم به قد يتغيّر بتغيّر العرف، ولهذا فإنهم حكموه فيه كالثوب المطوي، قال المتقدمون من علماء الأحناف إنه يُكتفى برؤية ظاهره، لأن الظاهر يعرف الباطن، أما في عرف المتأخرين فإن الخيار

(١) أعلام الموقعين (٣/ ٦٦).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/ ١٧٣) وما بعدها، وكشاف القناع الذي أحال في معرفة ما هو عيب، ينقص

القيمة، إلى عرف التجار (٣/ ٢١٥).

(٣) رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلًا، وضعّفه ابن أبي مريم، كما رواه الحسن البصري وسلمة بن المحبق، وابن سيرين وعمل به مالك وأحمد وغيرهم. فتح القدير (٥/ ١٣٨).

(٤) هداية المهتدي (٣/ ٢٥).

لا يسقط حتى يرى باطن الثوب، لاستقرار خلاف الظاهر والباطن عندهم^(١)، وليس في هذا العرف مخالفة للنص.

٣- التفرق في خيار المجلس:

ثبت خيار المجلس بقوله ﷺ: (البَّيْعَان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر)^(٢) ففترقهما يلزم به عقد البيع. وقد أحالوا في معرفة التفرق الذي يسقط به الخيار، وما لا يسقط به، على عادة الناس وأعرافهم. قال في منهاج الطالبين وشرحه لجلال الدين المحلي: (يثبت خيار المجلس في أنواع البيع كالصرف وبيع الطعام بطعام، والسلم والتولية والتشريك وحكم المعاوضة)^(٣). وقال: (ويعتبر في التفرق العرف، فما يعدّه الناس تفرقاً يلزم به العقد)^(٤). وطبق الشارح ذلك على أنواع من التفرق هي بحسب المكان الذي فيه العاقدان^(٥).

٤- ما يدخل مع المبيع وما لا يدخل:

سواء كان من العقار أو المزارع والبساتين، أو من المنقولات الثقيلة أو الخفيفة، وذلك عند عدم التنصيص عليه في العقد. فلو باع داراً دخلت الأبنية والأشجار، وفي دخول السلالم المتحركة، أي المنقولة، والأررف والمطابخ غير الثابتة، وموتور الماء يرجع إلى العرف والعادة في منطقة البيع، وكذلك الأمر في المزارع والبساتين إذ يتبعها الأبنية المؤسسة لخدمة المزرعة والآبار والرشاشات ومكائن السقي، وحقوق الارتفاق وغيرها مما جرت العادة بتبعيته في أمثال هذه البيوع. وكذلك تتبع العادات

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء (١٧٣، ١٧٤).

(٢) رواه البخاري وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي عن ابن عمر، ورواه أيضاً أحمد وأبو داود وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه ورواه آخرون. وعند الشيخين البخاري ومسلم وأحمد وأبي داود والترمذي والنسائي عن حكيم بن حزام: (البَّيْعَان بالخيار مالم يتفرقا، فإذا صدقا وبيننا بورك لهما في بيعهما، وإن كنما وكذبنا محيت بركة بيعهما)، كشف الخفاء (١/ ٣٤٦)، وتلخيص الجبير (٣/ ٢٠).

(٣) شرح المنهاج للجلال المحلي بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٩٠).

(٤) المصدر السابق (٢/ ١٩١).

(٥) المصدر السابق (٢/ ١٩١، ١٩٢).

فيما يكون من توابع بيع السيارات والعجلات والثلاجات والمكيفات، والأجهزة الأخرى، عند النزاع، ما لم ينصّ على غير ذلك في العقد.

٥- ما يجوز للمستأجر وما لا يجوز من الانتفاع بالمأجور:

سواء كان بإحداث تعديلات فيه، أو إنشاء مبانٍ إضافية، أو هدم بعض الأبنية، أو قلع الأرفف، أو أية تعديلات أخرى. ويدخل في ذلك نوع الاستخدام للمأجور، كتأسيس طاحونة، أو تشييد مكائن ثقيلة، أو مصانع أياً كان شكلها، فإنّ نوع هذا الاستخدام والعمل ما لم يجر التنصيص عليه في العقد يرجع فيه إلى العرف والعادة. هذا ومن الملاحظ أنّ الكثير من العقود تنصّ على كثير مما يجوز وما لا يجوز، عند إبرامها في المكاتب العقارية. ومالم يتضمّن العقد، وفي حالة عدم التنصيص فإنّه يتّبع العرف الجاري، عند النزاع بين المؤجر والمستأجر.

وفي تأجير السيارات، أو الأجهزة، يلاحظ، عند الاختلاف، ما جرت به العادة، فسيارات الصالون الصغيرة لم يُعتد استخدامها في تحميل البلك والأحمال الثقيلة، أو الضّارة بالسيارة، أو مقاعدها، ولم يجر في العرف، مثلاً، نصب هياكل حديدية، ولحامها، بالسيارة من أجل تحميلها بما يستلزم ذلك. ومما يدخل في ذلك دفع فواتير الماء والكهرباء، أو الهاتف، ومن يتحمّلها من العاقدين. وهكذا.

٦- تحديد ما يعتبر قبضاً وما لا يعتبر كذلك:

سواء كان في المنقول، كالحلي والكتب والثياب والأدوات والأجهزة الصغيرة، كالراديو والمسجلات والأواني والمكائن الكهربائية والخلاطات، والعصارات وآلات التصوير وغيرها، مما يتمّ قبضه باليد، أو كان عقاراً، أو بستاناً أو مزرعة غير ميسور قبضها باليد.

وأمثال هذه الأمور لا يكون قبضها واحداً، بل يعتبر قبض كل شيء بحسبه، وبما

جرت به العادة والعرف^(١). سواء كان مبيعاً أو مؤجراً، أو معاراً، أو أمانة، أو غيرها. وقد جعل الشيخ ابن عبدالسلام (ت ٦٦٠هـ) القبض ثلاثة أضرب، كما جعل الإقباض ستة أنواع^(٢). وهو حصر بحسب ما كان في زمانه، وما كان معتاداً عليه، وفي الزمن الحاضر توجد أنواع من القبض والإقباض لم تكن في الأزمنة السابقة.

٧- ونما يتصل بالقبض والإقباض أن العادات تحدّد نوع القبض والإقباض:

أيضاً، فنعرّف من العادات، ما إذا كان ذلك إيداعاً، أو إعطاءً، أو هدية، أو غصباً، عند حصول الاختلاف في نوع القبض أو الإقباض.

٨- عائدية أثاث البيت والملابس والحاجات الخاصة:

عند الاختلاف في عائديتها. مثل معرفة ما هو للمرأة وما هو للرجل، من أثاث البيت، وقد عدّ ابن عبدالسلام (ت ٦٦٠هـ) هذا النوع من النزاع من تعارض ظاهرين، وقال: إنّ الشافعي (ت ٢٠٤هـ) رحمه الله يسوّي بينهما، نظراً إلى الظاهر المستفاد من اليد فيجعلهما مشتركين في الجميع. وأنّ بعض العلماء يخص كل واحد منهما بما يليق به نظراً إلى الظاهر المستفاد من العادة الغالبة، ورجح ابن عبدالسلام (ت ٦٦٠هـ) هذا القول، وهو عمل بما تقتضيه العادات. ثم ذكر أمثلة متنوعة لذلك. قال: (وهذا مذهب ظاهر متّجه، فإذا كان الزوج جندياً فادعى أنه شريك المرأة في مغازلها وحققها ومقانعها، وادّعت المرأة أنها شريكته في خيله وسلاحه وأقبيته ومناطقه وجبته وخودته وبردته، فإنّا نجد في أنفسنا ظناً لا يمكننا دفعه أن ما يختص بالأجناد للزوج، وما يختص بالنساء للمرأة، وكذلك لو كان الزوج فقيهاً فنازعته في كتب الفقه، أو مقرئاً فنازعته في كتب القراءة، أو طبيباً، فنازعته في كتب الطب، أو محدثاً فنازعت في كتب الحديث، أو حجّاماً فنازعته في آلة البيطرة،

(١) قواعد الأحكام (٢/ ١١٤).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٧١، ٧٢)، وانظر في العادات في القبض: المجموع المذهب (٢/ ٤٠٧)، والقواعد للحصني (١/ ٣٦٠).

ونازعها هؤلاء فيما يختص بالنساء في المكاحل والمغازل والحقاق، فإن كل واحد يجسد في نفسه ظناً لا يمكنه دفعه عن نفسه، بأن ما يختص بالأزواج المذكورين لهم، وما يختص بالنساء لهن. وما أبعد المشاركة بين الجندي وامرأته في حقيهما^(١). وما ذكره الشيخ ابن عبدالسلام (ت ٦٦٠هـ)، أساسه ما يلاحظ من تعارف الناس وعاداتهم في أمثال هذه الأمور.

٩ - تحديد الأجور المسكوت عنها:

كما لو استأجر شخص عاملاً لإجراء إصلاحات معينة في بيته، سواء كانت متعلقة بالبناء، أو الكهرباء، أو السباكة، أو الأثاث، أو غيرها، ولم يحدد أجراً، ثم اختلفا بعد ذلك، فإن المستحق هو أجره المثل، ويحددها المعتاد أو المتعارف على دفعه لأمثال هؤلاء، ومثل ذلك أجور المساكن والخوانيت لو سلمت للمستأجر دون اتفاق على تحديد الأجر.

١٠ - الاختلاف في عدد ساعات العمل ووقت الاستراحة:

إن لم يتفقا على شيء من ذلك، فإن تحديدها يكون بما جرى به العرف. وفي الزمن الحالي تجري العادات بما يقتضيه نظام العمل المعمول به في البلد.

ثالثاً: ضبط المقادير، طولاً وقصراً، وقلة وكثرة، ونوعاً وجنساً، مما يبنى عليها أحكام شرعية، ولم يرد عن الشارع بيانها وتحديدها. وقد قال العلماء إن كل ما لم يرد بشأنه ضابط في الشرع، ولا في اللغة، فإنه يلجأ فيه إلى العرف والعادة^(٢). ومما يدخل في ذلك:

١ - الضوابط الزمانية، وهي كثيرة منها:

أ. طول مدة التحجر التي لم يتحقق فيها إحياء الموات^(٣)، والتي ينذر بعدها

(١) قواعد الأحكام (٢/ ٤٧، ٤٨).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٩).

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح منهاج الطالبين (٣/ ٩١)، والتحجر والتحجير والاحتجار هو وضع الأعلام بالحجار ونحوها على حدود الأرض، لحيازتها ومنع الغير من الإحياء. وقال ابن عرفة: هو ضرب حدود حول ما يريد إحياءه. انظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (١/ ٤٣٣).

المتحجّر بأخذ الأرض منه ، ودفعها إلى غيره لإحيائها.

ب. طول المدة التي تُعدّ تأخيراً يمنع الردّ بالعيب ، أو لا تُعدّ كذلك ^(١).

ج. الزمن اليسير الذي لا يخلّ بمقارنة النية للطهارة ، أو الصلاة ، أو غيرها من العبادات ^(٢).

د. الزمن الذي يسمح فيه بالتأخّر في قبول الوكالة ، عند المالكية ^(٣).

هـ. الزمن غير المؤثر في ارتباط القبول بالإيجاب ، ممّا لا يُعدّ إعراضاً عن العقد ^(٤).

و. الزمن الذي يخلّ بالموالاتة في الوضوء ، عند من يشترطها ، كالإمام أحمد

(ت ٢٤١هـ). قال ابن عقيل (ت ٥١٣هـ) : (إنّ حدّ التفريق المبطل ما يخشى في

العادة ، لأنّه لم يحدّ في الشرع فيرجع فيه إلى العادة كالإحراز والتفرّق في البيع) ^(٥).

ز. الزمن اليسير المغتفر في الفصل بين الصلاتين المجموع بينهما ^(٦).

ح. قصر الزمان أو طوله عند البناء على الصلاة أو الاستئناف ^(٧).

٢- الضوابط الكميّة، أي المتعلقة بمقدار الشيء

وبيان ما إذا كان كثيرة ، أو يسيراً ، مما تبني عليه الأحكام ويترتب عليه الصحّة أو

البطلان ، والجواز أو عدمه ، وهي كثير ، تختلف الكثرة والقلّة فيها بحسب نوعها

وموضعها.

وفيما يأتي طائفة منها :

أ. ضبط اليسير من النجاسات التي يعفى عنها ، فلا تكون مؤثّرة على طهارة الماء ،

أو طهارة البدن ، أو طهارة الثياب ، أو طهارة الأطعمة ^(٨).

(١) المجموع المذهب (٤٠٧/٢) ، والقواعد للحصني (٣٦٠/١) ، والأشباه والنظائر للسيوطي (٩٩).

(٢) نهاية الأحكام (١٤١) ، وانظر قاعدة : الأمور بمقاصدها للباحث (١٢٥).

(٣) الوكالة في الفقه الإسلامي لطالب قائد مقبل (٥٣).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (٩٩).

(٥) المغني (١٣٩/١).

(٦) المصدر السابق (٢٧٩/٢).

(٧) المجموع المذهب (٤٠٦).

(٨) ردّ المختار (٣١٤/١) ، والاختيار (٣٠/١) ، والتلقيم في الفقه المالكي (١٩) ، وتأسيس النظر (٩٥) ،

وإغاثة اللهفان (١٥١/١) ، والأشباه والنظائر للسيوطي (٩٩).

ب. تحديد اليسير المغتفر من الأفعال داخل الصلاة^(١)، والكثير المنافي للصلاة والمقتضي لبطلانها^(٢).

ج. ضبط الغبن اليسير الذي يتساهل فيه الناس ولا يؤثر على عقود البيع^(٣).

د. ضبط المجهولات التي يجوز معها البيع، مما يتساهل فيها الناس كبيع البيض، والرمان، والجوز بقشره، وأصول البناء المدفونة في الأرض المجهول نوعها ومقدارها، وغير ذلك من الأمور المبنية على التساهل^(٤).

هـ. صغر ضبة الفضة وكبرها^(٥)، التي يترتب عليها جواز الاستعمال عند الصغر، وعدمه عند كبرها^(٦).

و. غالب الكثافة في اللحية ونادرها^(٧)، مما يترتب عليه تخليلها أو عدمه عند الوضوء والغسل.

ز. قرب منزل وبعده^(٨).

ح. كثرة الكلام وقتلته في الصلاة^(٩) مما يترتب عليه بطلان الصلاة، أو عدمه.

ط. ثمن المثل ومهر المثل^(١٠)، إذ يتحدد مقداره بالعرف، وما اعتيد عليه في أمثالها.

(١) المجموع المذهب (٤٠٦/٢)، وقواعد الحصني (٣٦٠/١)، والروض المربع (١٨٩/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٩).

(٢) المجموع المذهب (٤٠٦/٢)، وقواعد الحصني (٣٦٠/١)، والروض المربع (١٨٩/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٩).

(٣) الموافقات (٢٠٨/٤).

(٤) بداية المجتهد (١٥٦/٢)، وشرح التهاج للجلال المحلي بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢٣٥/٢).

(٥) فتح الباري (٤٠٦/٤)، والروض المربع (٣٠/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٩٩).

(٦) المصادر السابقة.

(٧) فتح الباري (٤٠٦/٤).

(٨) المصدر السابق.

(٩) المصدر السابق، والأشباه والنظائر للسيوطي (٩٩).

(١٠) فتح الباري (٤٠٦/٤).

ي. مقدار النفقة والكسوة على الأقارب والزوجات^(١).

ك. مدة الحيض والطمهر ومعرفة أقلهما وأكثرهما، ومعرفة أكثر مدة الحمل، وسنّ اليأس^(٢)، ومدة النفاس.

رابعاً: مجال التفسير والبيان، وهذا يتناول أموراً متعددة، منها:

١- تفسير ما أجمله الشارع، وفي ذلك أمور، منها.

أ. تحديد الجرائم الموجبة للتعزير، وتحديد عقابها.

فمن المعلوم، أن الجرائم الموجبة للتعزير لم ينصّ الشارع الحكيم عليها جميعاً، ولم يحدد عقاباً لكل منها، بل ترك بعضها دون تفصيل، وأجملها تحت عناوين عامة، بسبب اختلاف المكان والزمان، فأمثال هذه الجرائم التي هي مناط للأحكام الشرعية ترك الشارع الكشف عنها إلى العرف، وما جرت عليه عادة الناس، فالشتم مثلاً علة موجبة للتعزير ولكن متى يعتبر لفظ ما شتماً ومتى لا يعتبر؟ هنا يكشف العرف عن ذلك.

ب. الكشف عما يكون تعزيراً وما لا يكون.

وكما يكشف العرف عما يوجب التعزير وما لا يوجبه، فإنه يكشف أيضاً عما يكون تعزيراً وما لا يكون، قال القرافي في الفرق بين الحد والتعزير «فرب تعزير في عصر يكون إكراماً في عصر آخر، ورب تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر كقلع الطيلسان بمصر تعزير، وفي الشام إكرام، وككشف الرأس عند الأندلس ليس هواناً، وبالعراق ومصر هوان»^(٣).

(١) المصدر السابق.

(٢) فتح الباري (٤/٤٠٦)، والمجموع المذهب (٢/٤٠٥).

(٣) الفروق (٤/١٨٣).

٢- الكشف عن الإرادة في الأقوال والتصرفات. وذلك يشمل:

أ- تفسير مرادات المتكلمين من ألفاظهم.

ويدخل في ذلك صيغ التصرفات، وتحدد بموجبه الألفاظ الدالة على إنشائها، سواء كان ذلك في البيع أو الإجارة، أو الزواج، أو الطلاق، أو غيرها.

كما يدخل في ذلك الأيمان، وأبواب الإقرارات والوصايا والشروط، والوقوف، وغيرها إذا ما استعملت بألفاظ لها دلالاتها العرفية، سواء كان العرف عاماً أو خاصاً^(١).

ب- الكشف عن الإرادة، حيث لا كلام.

كما يلجأ إلى العرف في الكشف عن الإرادة حيث لا كلام، كالأخرس الذي يعبر عن إرادته بإشارته، والساكت ومتى ينسب له القول، ومتى لا ينسب، ودلالته على تحقق الرضا أو عدمه، ومدى الاعتداد بالكتابة.

ج- الاعتداد بوسائل الاتصالات الحديثة كالهاتف والتلكس والتسجيلات، ومدى قبولها في المعاملات التجارية، وفي المحاكم.

د- الكشف عما هو أذن في التصرفات والأفعال، وعلى ذلك بنيت قاعدة (الإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي)^(٢). ومما يدخل في هذا المجال:

١. الأكل من الهدي المنحور المشعر بالقلادة، جائز بناء على الإذن العرفي في مثله. وقد قالوا: إن دلالة النحر والإشعار قائمة مقام صريح النطق^(٣).

٢. إباحة أكل الضيوف من الطعام المقدم إليهم، على ما جرت به العادة

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (٩٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٣).

(٢) المغني (٤ / ٥١٦) وانظر في صيغها المتعددة والمصادر التي أوردتها، كلامنا عن هذه القاعدة في مبحث القواعد المتفرعة عن قاعدة (العادة محكمة).

(٣) قواعد الأحكام (٢ / ١١٦)، والمجموع المذهب (٢ / ٤٠٨)، والقواعد للحصني (١ / ٣٦١).

المنزلة منزلة القول. إذا وضع بين أيديهم، ودخل الوقت الذي جرت العادة بأكلهم فيه^(١).

٣. جواز دخول الحمام على الوجه المأذون فيه، إذا ما فتح صاحبه أبوابه، ووجوب دفع ما جرت به العادة من الأجر^(٢).

٤. دخول الدوائر الرسمية، من وزارات ومدارس، ومحاكم، وإمارات وغيرها مما هو في معناها، في الأوقات المحددة للعمل الرسمي، لجريان العادة بمثلها، إقامة لهذا الإذن العرفي مقام اللفظ^(٣).

٥. جواز الدخول للمحلات التجارية، على مختلف أنواعها، للتسوق، أو الاطلاع، في الأوقات المعتاد عملها فيها. ومثل ذلك الخانات المهيأة للراحة والنوم^(٤).

٦. جواز الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة المجرى، إذا كان ذلك الشرب لا يضر بمالكها، إقامة للإذن العرفي مقام الإذن اللفظي^(٥).

٧. جواز الأكل من الثمار الساقطة في الطرقات من الأشجار المملوكة، بناء على ما جرت به العادة من الإذن في ذلك^(٦). ومثله التفاظ كل حقير جرت العادة أن مالكة لا يعرج عليه، ولا يلتفت إليه^(٧).

٨. عدم ردّ وعاء أو ظرف الهدية الذي لم تجر العادة برده، كغوصرة التمر، أو

(١) قواعد الأحكام (١١ / ٢)، والمجموع المذهب والقواعد للحصني في الموضعين السابقين، والأشياء والنظائر للسيوطي (٩٩)، والأشياء والنظائر لابن نجيم (٩٣).

(٢) قواعد الأحكام (١١١ / ٢)، والمجموع المذهب والقواعد للحصني في الموضعين السابقين.

(٣) قواعد الأحكام (١١٢ / ٢)، والمجموع المذهب (٤٠٨ / ٢)، والقواعد للحصني (٣٦١ / ١).

(٤) قواعد الأحكام (١١٢ / ٢).

(٥) قواعد الأحكام (١١٢ / ٢)، والمجموع المذهب (٤٠٩ / ٢)، والقواعد للحصني (٣٦٢ / ١)، والأشياء والنظائر للسيوطي (٩٩).

(٦) قواعد الأحكام (١١٢ / ٢)، والمجموع المذهب (٤٠٨ / ٢)، والقواعد للحصني (٣٦١ / ١).

(٧) قواعد الأحكام (١١٣ / ٢).

صحن أو كأس الورق، أو البلاستيك الخفيف، فإنه يعتبر هدية أيضاً، وإلاّ فيجب ردّه، اتباعاً للعادة^(١).

خامساً: مجال تخصيص العام وتقييد المطلق

وهذا المجال وإن كان ذا علاقة بالتفسير إلاّ أنّه مجال هام، وله خصوصيّة، ولهذا رأينا إفراده عن مجال التفسير، والمراد هنا، مجال تخصيص وتقييد تصرّفات وألفاظ غير الشارع، لأننا سبق لنا أن بيّنا ذلك في مجال تعارض العرف والعادة مع النصّ الشرعي. وقد ذكرت لهذا المجال أمثلة كثيرة أوردها الشيخ عزّ الدين بن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ) في كتاب قواعد الأحكام، وتابعه على ذلك عدد من العلماء الذين كتبوا في القواعد الفقهيّة منهم العلائي (ت ٧٦١هـ) وتقي الدين الحصني (ت ٨٢٩هـ) وآخرون جاؤا بعدهم. وسنحاول ضبط هذه الأمثلة وضمّ بعضها إلى بعض، وقياس ما يشبهها عليها، وتفصيل بعضها فيما يأتي:

١ - تقييد التوكيل المطلق، والإذن المطلق بما جرى عليه العرف، واعتاده الناس، سواء كان ذلك في البيع والشراء، أو الإجارة أو الاستئجار، أو النكاح، أو غيرها.

فقيّد البيع المطلق بثمن مثله في العادة، وبالنقد المتداول المعتاد، وبالأنواع المعتادة. فلو وكله بشراء لحم انصرف إلى ما هو متعارف عليه، ولم يحز للوكيل أن يشتري لحم غزال، ولو وكله بشراء خبز انصرف إلى الخبز المعتاد، لا إلى خبز لم يعتد أكله في محيط وبيئة الموكل. وهكذا يطرد الأمر في كل الأشياء؛ إذ يتقيّد التوكيل المطلق في كلّ شيء بحسبه، نوعاً، وثنناً، ونوع عملة. وكذا لو وكله ببيع شيء، أو تأجيره أو استئجاره وفي النكاح يتقيّد الإذن بالكف، وبمهر المثل. وهو المتبادر إلى الأذهان.

وكلّ إذن مطلق يتقيّد بما هو متعارف ومعتاد، وليس للمأذون له أن يتجاوز

(١) المجموع المذهب (٢/ ٤٠٩)، والقواعد للحصني (١/ ٣٦٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٩٩).

الحّد المألوف والمعتاد فيما أذن له فيه. سواء أذن له في أكل، أو الانتفاع بماء، أو جذاذ ثمار، أو باستخدام ما، سواء كان عقاراً أو آلة، أو جهازاً معيناً. وقس على ذلك.

٢- تقييد الصناعات بما هو صناعة مثلها في العادة والعرف، فإذا دفع قماشاً إلى الخياط كي يخطه ثوباً، فإنه يحمل على الثوب السعودي، إن كان في السعودية، لأنّ هذا هو معتاد البلد وعرفه، ولهذا لا يستحق الأجرة لو خاطه ثوباً مغريباً، أو سودانياً، أو عمانياً مثلاً. وكذلك ليس للخياط أن يخط الثوب الأبيض بالخيط الأحمر، أو الأخضر، ولا أن يخطه بخيوط غليظة تخاط بها الخيام. وهكذا يقال في الحذاء والنعال والعباءة وسائر المصنوعات من أبواب وشبابيك وغيرها.

٣- تقييد الإجارة المطلقة بما هو المتعارف في الاستعمال، سواء كانت إجارة دور، أو مزارع، أو بساتين، أو أوان، أو أثاث من طاولات وكراسٍ وبسط وغيرها، أو سيارات، أو عجلات هوائية أو غيرها، مما يجري فيه الإيجار والاستئجار. ولو جرى العرف باستئجار الثلاثات والمكيفات والتلفزيونات والراديووات والمسجلات، والعصارات والمكانس الكهربائية وما شابه ذلك، فإن التأجير المطلق فيها يحمل على الاستعمال والانتفاع الذي جرت العادة أن يكون في أمثالها، ويعتبر ما جرت به العادة إذناً عرفياً منزلاً منزلة صريح اللفظ. فلا ضمان على المثلث إن لم يسئ الاستعمال، لأنه مأذون باستعمال ما استأجره، ولكن وفق المتعارف عليه.

٤- تقييد أجور العمال أو الصناع، عند عدم الاتفاق والتصريح بقيد معين، أو بنوع معين من النقود، بما هو معتاد دفعه لأمثالهم، أي بأجر المثل، وبالنقد المعتاد والمتعارف عليه في ذلك. فلو استقدم عاملاً أو خادمة من الهند أو باكستان أو أندونيسيا، أو سريلانكا، أو غيرها من البلدان ولم يحدّد أجره، فإنه يستحق ما جرت العادة بدفعه لأمثاله من الجنسية نفسها. فالخادمة

الأندونيسية يدفع لها في المملكة العربية السعودية راتب شهري مقداره (٦٠٠) ستمائة ريال سعودي، والسريلانكية يدفع لها (٤٠٠) أربعمائة ريال، والهندية (٥٠٠) خمسمائة ريال وهكذا.

ولو دفع سيارته لورشة إصلاح سيارات، ولم يحدّد أجر الإصلاح، ثم اختلفوا في الأجر، فإنّ العامل يستحق ما يدفع لأمثاله في العمل نفسه عادة، ومن الممكن أن يقاس على ذلك أمثلة كثيرة.

٥- تقييد العقود المطلقة، بالشروط التي جرت العادات والأعراف على الالتزام بها، نحو بيع الثمار التي بدا صلاحها، فإنّه إذا أطلق العقد، ولم يذكر فيه شرط الإبقاء، فإنّها تبقى، ويمكن المشتري من سقيها بمائها، لجريان العادة أو العرف بذلك. ونحو بيع المواد الثقيلة، فإنّه يلزم البائع إيصالها إلى موقع المشتري، وإن لم يشترط ذلك في العقد، لأنّ العرف قد جرى، كما هو في المملكة العربية السعودية، على اشتراط إيصال هذه المواد إلى موضع المشتري كالبلك، والبلاط، والثلاجات، والمكيّفات، والحمامات، وغيرها. وكبيع السيّارات المطلق، فإنه يتقيّد بما هو جارٍ في العرف من اشتراط تزويد مشتريها بالعجلة الاحتياطية، والرافعة، والمفكات المناسبة لأحجام الصواميل، وكتزويد العجلة الهوائية بالمنفاخ والمفكات اللازمة، فإن هذه الأمور، وإن لم ينصّ عليها في العقد، لكنّه يُقيّد بها بحسب العرف والعادات التجارية، ويمكن أن يدخل في ذلك صيانة الأجهزة المبيعة، إذا كانت من نوع معيّن جرى العرف بضمان إصلاحه من قبل البائع، مدّة معينة، كسنة، أو أقل. فالعقود المطلقة ينبغي أن تتقيّد بهذه الشروط العرفية، قياساً على الشروط الأخرى ويتحدّد هذا بحسب أنواع المبيعات، والبيئات التي يجري فيها هذا البيع، وما هو متعارف بين التجار فيها. ما لم يصرّح البائع، عند العقد، بأنه غير ملزم بذلك.

ومما يدخل في هذا المجال ما لو جرى خلّع دون ذكر المال، ففي ذلك وجهان في المذهب الشافعي، أصحهما وجوب المال، لجريان العادة في ذلك، وهي أمر

شرعي. وفي كلام القاضي حسين (ت ٤٦٢ هـ). والإمام الغزالي (ت ٥٠٥ هـ) أن هذا منطبق على المساقاة والمقارضة اللتين لم يذكر فيهما مال.

٦- حمل الألفاظ والتصرفات على ما يراد بها في العادات والأعراف. وهذا باب واسع، لا يحّد بأمر. نكتفي منه بأمثلة محدودة، يقاس عليها غيرها. ومن ذلك:

أ- حمل الألفاظ في الودائع والأمانات على حرز المثل الذي جرت به العادات. فيحفظ كل شيء بما يناسبه من الحرز. فلا تحفظ الأشياء الثمينة من دراهم وذهب وأحجار نفيسة، ولؤلؤ، وجواهر، ووثائق، بما تحفظ به الأشياء الأقل قيمة كالملايس والمواشي والثلاجات والأحطاب والدواليب، بل تحفظ بما جرت العادة بحفظها فيها. فالوثائق والصكوك والدراهم والجواهر جرت العادة بحفظها في صناديق محكمة، وفي مواضع بعيدة عن أيدي السراق، أو العابثين، والكتب تحفظ في أماكن تقيها من التراب والمياه، والعوامل المؤثرة الأخرى، وهكذا في سائر الأشياء. ويُعدّ ذلك كالمشروط لفظاً وتصريحاً. ومن فرط في ذلك كان ضامناً.

ب- حمل ألفاظ الواقف والموصي والخالف المطلقة، على ما جرت به العادة. فلو قال وقفت، أو أوصيت بكذا إلى مسجد كذا، انصرف ذلك إلى الصرف على صيانه وإعمارهِ ومصلحته. ولو وقف ذلك أو أوصى به إلى العلماء أو الفقهاء، أو المساكين والفقراء، فإنّ ذلك يتقيّد بما جرت العادة في وجوه الصرف في أمثاله.

وكذا في الحلف أو الأيمان، فإنّ اللفظ يتقيّد بما جرت به العادة. فلو حلف لا يأكل الرؤوس حملت على الرؤوس المعتاد بيعها منفردة، وعلى هذا أيضاً الحلف بالفاكهة، أو بالدخول، والبيوت وغيرها، مما سبق ذكره في مجال التفسير والبيان، إذ تقييد المطلق، أو تخصيص العام هو نوع من أنواع التفسير.

ج- حمل النقود والأثمان المطلقة على ما جرت به العادة في ذلك البلد، وتقييدها بها. وليس للبائع أو غيره من مؤجر وصانع ومقاوّل أو أجير وغيرهم المطالبة

بغيرها. فلو اشترى أو استأجر، أو عمل بدراهم أو ريالات أو دنانير أو جنيهات (باونات) أو ليرات، انصرف ذلك إلى العملة المتداولة، والتي ينصرف إليها اللفظ، في عادة وعرف ذلك البلد، الذي حصلت فيه الواقعة، لا إلى غيرها من العملات.

ولو كانت العملة نفسها مختلفة في الوزن والقيمة، لم يتقيد اللفظ إلا بما هو المعتاد في التعامل لا بغيره، إلا إذا صرح بذلك في العقد، فإنه ينصرف إلى ما صرح به.

ولو كان التعامل جارياً بجنس من العروض، فإن في المذهب الشافعي وجهين أصحهما فيه أنه ينصرف الثمن إليه. فلو باع السلعة بثوبين أو عشرة ثياب، وأطلق، تقيد الثمن بما هو متعارف أو معتاد. ولو كانت الأثمان، من نقود أو عروض، مختلفة، ولا غالب في العادة، لزم تعيين الثمن.

٧- وهناك مسألتان من جملة ما ذكره العلماء مما تحكم فيه العادة، هما:

أ- في حالة وجود المسابقات واختلاف المتسابقين في مسافة الغرض المرمي إليه، فإن المطلق يُقيد بما جرت عادة المتسابقين عليها. ويمكن أن يقاس على ذلك ما إذا اختلف المتسابقون في لعبة كرة الطائرة أو غيرها. على عدد الأشواط التي تنتهي بها المسابقة، أو تحديد مساحة الساحة التي يلعب فيها، وتجزئتها. فإن ذلك يتقيد بما جرت به العادة.

وإذا كان ذلك منصوباً عليه في قوانين وأنظمة الكرة، التزم بذلك، لأن ذلك من المصرح به، فيقيد الإطلاق بالشرط الصريح في قوانين هذه الألعاب، وهو، أساساً، شرط مأخوذ من عادة اللاعبين.

ب- وفي حالة المبارزة المطلقة فإنها تقيد بما أطرده به العادة. فإن كان من عادة المتبارزين الأمان، تقيدت المبارزة بذلك. ونزل ذلك منزلة الشرط الصريح في أصح وجهين عند الشافعية. ومن الممكن أن ينطبق ذلك على المصارعة

والملاكمة وما شابههما في حالة الإطلاق، وعدم التقييد بالأمان.. وهذا في حالة عدم التنصيص على ذلك في قواعدهما المتبعة عالمياً^(١).

سادساً: العادات والأعراف المفيدة لظنون تبني عليها الأحكام

وقد عبّر الشيخ عز الدين بن عبد السلام عن هذا النوع أو المجال، بقوله: (حمل الألفاظ على ظنون مستفادة من العادات لميسس الحاجات إلى ذلك)^(٢). وقد قصر عنوانه على الألفاظ، مع أنّ الأمثلة لا تقتصر على ذلك، بل تتسع لما هو أعمّ من الألفاظ، كما أنّ الأمثلة التي أوردها ليست جميعاً، مما ينطبق عليه العنوان، فبعضها من تخصيص العام أو تقييد المطلق. وبعضها يدخل في الإذن العرفي القائم مقام الإذن اللفظي. وفيما يأتي أمثلة لهذا النوع من العادات.

- ١- جواز وطء العروس التي زفت إلى زوجها، مع أنه لا يعرفها، ولم يكن قد رآها، لأنّ زفافها يفيد ظنّ أنها امرأته، لبُعْدِ التدليس في ذلك في العادات^(٣).
- ٢- الاعتماد على أمارات الطهارة والنجاسة وجهة القبلة^(٤).

٣- الاعتماد على قول المقومين العارفين بالصفات النفيسة التي ترفع من قيمة الشيء، والصفات الخسيسة التي تحطّ من قيمته، لغلبة الإصابة على تقويمهم، وقد استفيد ذلك من استقراء الوقائع، واعتياد الناس على ذلك. ومثل ذلك الاعتماد على قول الخارصين لغلبة الإصابة في خرصهم، وتقديراتهم، كما هو ملاحظ من الحالات المتكررة للخرص^(٥).

(١) انظر الخطوط العريضة للمسائل المتقدمة في المصادر الآتية: قواعد الأحكام (١٠٧/٢ وما بعدها) والمجموع المذهب (٤١١/٢، ٤١٥)، والقواعد للحصني (٣٦٥/١ وما بعدها).

(٢) قواعد الأحكام (١١٥/٢).

(٣) المصدر السابق (١١٦/٢)، والمجموع المذهب (٤٠٨/٢)، والقواعد للحصني (٣٦١/١).

(٤) قواعد الأحكام (١١٧/٢).

(٥) المصدر السابق.

٤- سكوت الأبكار إذا استؤذن في النكاح، يدلّ ظاهراً على الرضا به، لأنّها لو كرهته لصرّحت بامتناعها عنه، لأنّ الحياء، كما هو ملاحظ في العادة، إنّما يكون في الرضا والقبول، لا في الرفض^(١).

٥- ويمكن أن يدخل في هذا المجال كلّ ما أقيمت مظنّته مقامه، كإقامة بلوغ ١٩ تسع عشرة سنة مقام البلوغ، لمن لم تظهر عليه علاماتّه، لتكرّر هذا وجريانه بين كلّ أفراد المجتمع، ولكون ملاحظة واستقراء الحالات أفادت أنّ هذا هو المعتاد، وأنّ البلوغ لا يتأخّر عن ذلك^(٢).

٦- الاعتماد على كيل الكائلين ووزن الوازين، ومساحة الماسحين^(٣) بناء على ما لوحظ - بحسب الاستقراء - من تكرار إصابتهم، بحيث غدا ذلك هو عادتهم فيما يقومون به من أعمال.

٧- دلالة الأيدي على الاستحقاق؛ لأن ذلك هو الغالب، وقد جرت عادة الناس على ظنّ ذلك، وهذا إذا لم توجد بيّنات على خلاف الظاهر؛ لأنّ الظنّ المستفاد من البيّنات أقوى من دلالة الأيدي^(٤).

المطلب الثالث: الأعراف والعادات التي لبست أحكاماً شرعية ولا مناطاً لها:

وهذه الأعراف والعادات لا مانع من إحداثها، وتغييرها، وتطويرها، وفق ما تقتضيه مصالح الناس، مع تغيّر الزمن، على أن تكون في ضمن المباحات الشرعية، وبالشروط التي سبق أن تحدّثنا عنها.

ومن أمثال ذلك اعتياد تنظيم العملية التعليمية، وتقسيم الدراسة إلى مراحل هي: الابتدائية، والثانوية، والجامعية، وتقسيم الكليات بحسب الاختصاصات العلمية، ومن

(١) المصدر السابق.

(٢) تأسيس النظر (١٥).

(٣) قواعد الأحكام (٢ / ١١٧).

(٤) المصدر السابق (٢ / ١١٩).

ذلك تقسيم المحاكم وتنويعها، وترتيب درجاتها، وبيان اختصاصاتها. ونظم المرافعات والدعاوى وغيرها. ومن ذلك تعارف أكل أنواع معينة من الأطعمة المباحة، واعتياد شرب القهوة مع التمر، ومنها اعتياد أنواع معينة من البناء، والتعطيل في أوقات معينة. ومن ذلك تحديد ساعات العمل، واشتراط الرخصة الصحية لعمال المطاعم، وحوائيت المواد الغذائية، واعتياد كون المحلات التجارية على صفة معينة، لا يُرخص لتلك المحلات بمزاولة نشاطها من دون تحقيق المطلوب، وأصبح ذلك هو العادة المتبعة المتكررة.

ويدخل في هذا كل ما هو داخل في نطاق المصالح المرسله، فما يتبعه الناس من تعليمات المرور أصبح عادة بممارسته وتكراره، وهو عائد إلى مصالح الناس ومقاصد الشارع في المحافظة على الأنفس والأموال. ولا يتعارض هذا مع ما قلناه من أنها ليست أحكاماً شرعية، ولا منطاً لها، فهي ليست كذلك باعتبار التنصيص عليها، إذا لم يرد من الشارع نصّاً باعتبارها ولا بالغائها بعينها، وإن ورد عنه اعتبارها بالجملة، كما اعتبرت المباحات وما جرى اعتياده بين التجار، مما كان نواة للنظام أو القانون التجاري، هو من هذا القبيل، ما لم يكن معارضاً لنصوص ومقاصد الشارع، وهكذا يمكن طرد ذلك في كل التنظيمات والإجراءات الجارية في الدوائر والمؤسسات الرسمية وشبه الرسمية، سواء كانت إجراءات تنظيمية كنظام المرافعات، أو إجراءات التخليص الجمركي، أو إجراءات رخص البناء وفتح المحلات التجارية، واستصدار السجلات التجارية، أو كانت أنظمة قائمة بذاتها كالنظام الأساسي للحكم، ونظام مجلس الوزراء، ونظام الشورى ونظام المناطق، والنظام التجاري في المملكة العربية السعودية، إلى غير ذلك مما يُعد من الأعراف والعادات، بعد الممارسات المتكررة التي أصبحت معلومة لجمهور الناس.

وجواز العادات التي لم يمنعها الشارع من الأمور المسلمة، عند الفقهاء، وأن الأصل فيها العفو، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) : (والعادات الأصل فيها العفو، فلا يحظر منها إلا ما حرّمه، وإلا دخلنا في معنى قوله تعالى. ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنزَلَ

اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَلًا ﴿١٠٩﴾ [يونس: ١٠٩]. وذكر لذلك تطبيقاً، فقال: (البيع والهبة والإجارة وغيرها من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم كالأكل والشرب، وأيضاً، فإنَّ الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد، وأوجبت ما لا بد منه، وكرّهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات، ومقاديرها، وصفاتها.

وإذا كان كذلك فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاؤوا، ما لم تحرم الشريعة، كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا ما لم تحرمه الشريعة)^(٢).

(١) القواعد النورانية الفقهية (١٣٤).

(٢) المصدر السابق (١٣٥).

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الثامن

تعارض العرف والعادة مع غيرهما

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: التعارض بين العرف الاستعمالي والشرع

المطلب الثاني: التعارض بين العرف الاستعمالي واللغة

المطلب الثالث: التعارض بين العادات والأعراف العامة، والعادات والأعراف الخاصة

المطلب الرابع: التعارض بين العادات أو الأعراف والأصول والظواهر

المطلب الخامس: التعارض بين الأعراف أو العادات والقياس

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الثامن

تعارض العرف أو العادات مع غيرها

مقدمة

المتعارض في اللغة مصدر يفيد التقابل والتمانع. يقال سرت فعرض لي عارض، أي مانع يمنعني من المضي من جبل ونحوه، ومنه اعتراضات الفقهاء، لأنها تمنع من التمسك بالدليل^(١). ومن تعريفاته في اصطلاح الأصوليين قولهم هو (تقابل الدليلين على سبيل الممانعة^(٢)). أي بأن يمنع كل منهما مقتضى الآخر. أو هو كونهما بحيث يقتضي أحدهما ثبوت أمر والآخر انتفاءه، في محل واحد في زمان واحد بشرط تساويهما في القوة، أو بزيادة أحدهما بوصف هو تابع^(٣).

وقد سبق لنا أن بينا حكم تعارض العرف مع النص، بوجه مفصّل، عند الكلام على شروط العمل بالعرف والعادة، ويمكن أن يلحق بذلك الإجماع أيضاً، لكننا في هذا المبحث سنتناول تعارض المظنونات أو الإمارات التي يدخل فيها العرف والعادة والأصول والظواهر والبيّنات، ونحوها، والتي أدخلنا في ضمنها القياس، وهذا التعارض في مجال الاجتهاد، ومما يتحقّق في مجاله الترجيح أو الجمع بين المتعارضات^(٤).

ولهذا فإنّ هذا المبحث سيقصر على المطالب الآتية:

المطلب الأوّل: التعارض بين العرف الاستعمالي والشرع.

المطلب الثاني: التعارض بين العرف الاستعمالي واللغة.

(١) المصباح المنير.

(٢) البحر المحیط (١٠٩/٦)، وإرشاد الفحول (٤٥٥).

(٣) التلويح (١٠٢/٢).

(٤) أما التعارض بين الدليلين القطعيين فهو ممتنع اتفاقاً، سواء كانا عقليين، أو نقليين. وكذلك التعارض بين القطعي والظني لتقديم القطعي، وهذا بناء على القاعدة المنطقية: إن النقيضين لا يجتمعان ولا يرتفعان. انظر: البحر المحیط (١١٣/٦).

المطلب الثالث: التعارض بين العادات أو الأعراف العامة، والعادات أو الأعراف الخاصة.

المطلب الرابع: التعارض بين العادات أو الأعراف، والأصول والظواهر.

المطلب الخامس: التعارض بين العادات أو الأعراف والقياس.

وفيما يأتي الكلام عنها:

المطلب الأول: التعارض بين العرف الاستعمالي والشرع

والمقصود من ذلك أن يرد اللفظ مراداً به معنى في العرف يخالف المعنى المراد به في الشرع. وقد ذكروا أن له حالتين:

الحالة الأولى: أن لا يتعلّق باللفظ المستعمل في الشرع حكم، وفي هذه الحالة يقدّم عرف الاستعمال. ويكون هو المحكّم، ومن أمثلة ذلك: ما لو حلف لا يأكل لحماً، لم يحنث بالسّمك، وإن سماه الله لحماً^(١)، ولو حلف لا يجلس على بساط، أو تحت سقف، أو في ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض، وإن سماها الله - تعالى - بساطاً^(٢)، ولا تحت السماء، وإن سماها الله سقفاً^(٣)، ولا في الشمس، وإن سماها الله سراجاً^(٤).

ولو حلف: لا يضع رأسه على وتد، لم يحنث بوضعها على الجبل، وإن سمّى الله الجبال أوتاداً^(٥). وأمثال ذلك كثيرة.

(١) في قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل: ١٤].

(٢) في قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ بِسَاطًا﴾ [نوح: ١٩].

(٣) في قوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا السَّمَاءَ سَقْفًا مَحْفُوظًا﴾ [الأنبياء: ٣٢].

(٤) في قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ الشَّمْسَ سِرَاجًا﴾ [نوح: ١٦].

(٥) في قوله تعالى: ﴿وَالْجِبَالِ أَوْتَادًا﴾ [التبا: ٧].

الحالة الثانية: أن يتعلّق باللفظ المستعمل في الشرع حكم، وفي هذه الحالة يقدّم الشرع على عرف الاستعمال.

ومن أمثلة ذلك: ما لو حلف لا يصليّ فإنّه لا يحنث إلا بالصلاة الشرعية ذات الركوع والسجود، ولو حلف لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك، ولو قال لامرأته: إن رأيت الهلال فأنت طالق، فرآه غيرها، وعلمت به، طلقت، حملاً على الشرع، فإنّها فيه بمعنى العلم، لقوله ﷺ: (إذا رأيتموه فصوموا)^(١).

ولم يفرق ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) في كتابه (الأشباه والنظائر) بين هاتين الحالتين، وعد أمثلة الحالة الثانية من مستثنيات الحالة الأولى^(٢).

المطلب الثاني: التعارض بين العرف الاستعمالي واللغة

والمقصود من ذلك أن يكون المعنى الموضوع له اللفظ في اللغة يخالف استعمال اللفظ في العرف. وفي هذه الحالة حكيّت في المذهب الشافعي وجهات نظر متعدّدة، نذكرها فيما يأتي:

الأولى: تقديم الحقيقة اللفظية، أي الوضع اللغوي، على عرف الاستعمال وإلى ذلك ذهب القاضي حسين (ت ٤٦٢هـ).

الثانية: تقديم العرف الاستعمالي، وإليه ذهب البغوي (ت ٥١٦هـ) بناءً على أن الجاري هو تحكيم الأعراف والعادات في التصرفات، وبخاصة في الأيمان^(٣).

الثالثة: التفصيل على اختلاف بينهم في ذلك، ومن هذه الآراء:

(١) انظر في الأحكام المتقدّمة: المنشور للزركشي (٤/٣٧٨-٣٨١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٢ و١٠٣) والأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٦ و٩٧).

أما حديث (إذا رأيتموه فصوموا) فقد أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود، وابن ماجه والنسائي. ولفظه في البخاري (صوموا لرؤيته) والصيغة المذكورة هنا، هي من لفظ مسلم.

(٢) الأشباه والنظائر (٩٧).

(٣) المنشور (٢/٣٨٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٣).

١- ذكر الرافعي (ت ٦٢٣هـ) أن الاختلاف بينهما إن كان في الطلاق فإنّ كلام الأصحاب يميل إلى الوضع اللغوي وترجيحه على عرف الاستعمال خلافاً للإمام الجويني (ت ٤٧٨هـ) والغزالي (ت ٥٠٥هـ) فإنهما يرجحان عرف الاستعمال^(١). وإن كان في الأيمان فإنّ الوضع اللغوي إن عمّ قدّم على عرف الاستعمال.

٢- وذكر آخرون أنّه إن لم يكن للعرف وجه في اللغة ألبته فالمعتبر اللغة، وإن كان له فيه استعمال ففيه خلاف، وإن هجرت اللغة وترك استعمالها، قدمت العادة أو العرف^(٢).

وبناءً على هذا الاختلاف في المبادئ العامة للترجيح في مجال الاختلاف بين اللغة والعرف أو العادة، اختلفت آراء العلماء في الفروع المخرّجة عليها. ومن هذه الفروع:

أ- لو حلف لا يسكن بيتاً، فإنّ كان بدوياً حنت بالمبني وغيره، لأنه لم يوجد تعارض بين الوضع اللغوي والعرف الاستعمالي، لأنّ الكل يسميه بيتاً، وإن كان الحالف من أهل القرى فوجهان في المذهب الشافعي. فالذي يقدّم اللغة يرى أنّه يحنث بكل ما يطلق عليه بيت في اللغة، سواء كان من المبني، أو من بيوت الشعر. والذي يقدّم العرف الاستعمالي يرى عدم الحنث إلا في البيت المبني^(٣).

والذي يبدو أنّ الفروع الفقهيّة المذكورة في كتب الفقه ممّا لا يطرد فيها التخريج وفق المبادئ السابقة، ولعلّها تختلف باختلاف الآراء في تحقيق المناط، لا بالمبادئ العامة لمن قال بها.

ب- لو حلف لا يأكل الخبز حنث بخبز الأرز، وإن كان من قوم لا يتعارفون ذلك، لا لاطلاق الاسم عليه في اللغة^(٤).

(١) الأشباه والنظائر (١٠٣ و ١٠٤).

(٢) المنثور (٣٨٤/٢ و ٣٨٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي في الموضوع السابق.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٤).

(٤) المنثور (٣٨٤/٢ و ٣٨٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٣ و ١٠٤).

ج- لو حلف لا يأكل البيض أو الرؤوس لم يحنث ببيض السمك والجراد، ولا برؤوس العصافير والحيتان، لأنها لا يطلق عليها ذلك في العرف^(١).

د- ولو حلف لا يشرب ماءً حنث بالمالح، وإن لم يعتد شربه، اعتباراً بالاطلاق والاستعمال اللغوي^(٢).

ونظراً إلى عدم توافق أحكام الفروع مع المبادئ العامة، استغرب بعض العلماء الاختلافات في هذا الشأن.

قال الشيخ أبو زيد المروزي (ت ٣٧١هـ) لا أدري على ماذا بنى الشافعي مسائل الأيمان، إن اتبع اللغة فمن حلف لا يأكل الرؤوس، فينبغي أن يحنث برؤوس الطير والسمك، وإن اتبع العرف، فأهل القرى لا يعدون الحيام بيوتاً^(٣).

وقد حاول الرافعي (ت ٦٢٣هـ) حلّ هذا الإشكال، فقال: أنه يتبع مقتضى اللغة إذا كانت ظاهرة وشاملة. وهذا هو الأصل، ويتبع مقتضى العادة. أو العرف إذا استمرّ واطرّد^(٤). ويعزز هذا الكلام قول ابن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ): قاعدة الأيمان البناء على العرف إذا لم يضطرب، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة^(٥).

ورجّح ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) من علماء الحنفية ترجيح العرف على الوضع اللغوي^(٦). وكذلك فعل صاحب كشف القناع من الحنابلة^(٧). وعلى ذلك تحمل قاعدة (الحقيقة تترك بدلالة العادة).

(١) المصدران السابقان. وفي هذا المثال خلاف بين العلماء، ولكن إذا تعارف أهل بلد يبيع رؤوس الحيتان والصيود منفردة حنث بأكلها، وفي غيره من البلدان خلاف.

انظر: المجموع المذهب (٤٢٦/٢)، والقواعد للحصني (٣٨٤/١).

(٢) المصدران السابقان.

(٣) المجموع المذهب (٤٧٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٥).

(٤) المصدران السابقان.

(٥) المصدران السابقان.

(٦) رد المحتار (٧٤٣/٣).

(٧) كشف القناع (٢٦٣/٦).

ومما ينبغي التنبيه إليه أن لا تهولنا هذه الاختلافات في الآراء، فإنّ مردّ أكثرها هو الاجتهاد في تحقيق المناط، والتأكد من وجود العادة، واستيفاء شروطها والله أعلم.

المطلب الثالث: التعارض بين العادات أو الأعراف العامة والعادات أو الأعراف الخاصة

الذي يظهر من كلام العلماء هو النظر إلى العرف الخاص، ومدى انتشاره أو انحصاره، وقد ذكرنا فيما اشترطوه، من أن يكون العرف عاماً في جميع بلاد الإسلام، ضابطاً يتعلّق بهذا الموضوع، ذكره الزركشي (ت ٧٩٤هـ) وغيره، وهو أن ينظر في العرف الخاص، فإنّ كان محصوراً لم يعتدّ به، بل يؤخذ بالعرف العام، وإن كان غير محصور فإنّه يعتدّ به وينزل منزلة العرف العام^(١).

فمثال ما كان محصوراً ما لو كانت عادة امرأة في الحيض، أقلّ مما استقرّ من عادة النساء، فلا يعتد بعادتها، وترد إلى الغالب في أصح الأقوال عند الشافعية، وقيل تعتبر عاداتها.

ومثال غير المحصور ما سبق ذكره من أنّه لو جرت عادة قوم بحفظ زروعهم ليلاً، ومواشيهم نهاراً، فإنّه يوجد وجهان في المذهب الشافعي أحدهما عندهم، الاعتداد به وتنزيله منزلة العام، كما يجري ذلك التنزيل في عكسه أيضاً^(٢)، لكننا، في هذه الحالة، نجابه مشكلة، وهي هل يصبح العرف في هذه الحالة -أي حالة الاعتداد بعكسه- عرفاً مشتركاً، وغير مطرد؟ وإذا كان الأمر كذلك فإنّ هذا يدفعنا إلى ترك العرفين أو العمل بما تقتضيه الأدلة أو الأمارات الأخرى، أو أن يكون هناك توجيه آخر.

وللخروج من ذلك فإنّه من الممكن أن يعمل بالعرف الخاص غير المحصور في مجاله، ويعد مخصصاً للعرف العام، والله أعلم.

(١) المنشور (٣٨٨/٢ و ٣٨٩)، والمجموع المذهب (٤٢٥).

(٢) المصدران السابقان.

المطلب الرابع: التعارض بين العادات أو الأعراف، والأصول والظواهر

مما يقع فيه معارضة العادات والأعراف الأصول المعتمدة، أو الظواهر الأخرى عند العلماء، وقد بحثت هذه المسألة في كلام العلماء عن تعارض الأصل والظاهر، وتعارض الأصلين، وتعارض الظاهرين.

ومن الظاهر، عندهم، ما يستند إلى سبب قوي كالعرف والعادة، أو وجود القرائن، أو غلبة الظن، والذي يعني في هذا الموضع الظاهر المستند إلى العرف أو العادة، وفي هذه الحالة يتفاوت الأمر، فتارة يعمل بالأصل وتارة يعمل بالظواهر، وتارة يتخرج في المسألة خلاف^(١). وقد نصّ عدد من العلماء على أنّ السبب المذكور لا بدّ أن يكون منضبطاً^(٢)، وليس في هذا المجال مقياس منضبط يؤدي إلى الانتظام في الأحكام، بل أنّ المسائل تعود إلى نظر المجتهدين، أو ترجيحاتهم بما يتبين لهم من القرائن، أو بما يعتضد به الأصل أو الظاهر من المرجحات، وإن تردّداً في الراجح كانت المسألة المتردّد فيها من مسائل القولين عند الشافعية^(٣).

وفي الفروع التي يمثل بها العلماء لهذا النوع من التعارض لم يتضح تماماً أنها كانت جميعاً من باب تعارض الأصل والظاهر، بل من الممكن عدّها من مسائل تعارض الأصلين، أو تعارض الظاهرين.

ومن هذا النوع الذي تعارض فيه الأصل والظاهر المستند إلى العادة، معارضة عادات

(١) المنثورة (٣١٥/١).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٩/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٧٤).

(٣) هذا ونشير إلى أن العلماء ذكروا من وجوه التعارض بين الأصل والظاهر، ما يرجّح فيه الأصل على الأصح، وذلك في حالة استناد الاحتمال أو الظاهر إلى سبب ضعيف، لأنّه في هذه الحالة لا توجد معارضة للأصل بما هو أرجح منه. ومن أمثلة ذلك: ثياب مدمني الخمر والمقبرة المنبوذة وطين الشوارع. والدم الذي تراه الحامل، هل هو حيض؟ ففي جميع هذه المسائل يوجد قولان، أصحهما الحكم بالطهارة استصحاباً للأصل، وفي دم الحامل قولان أصحهما أنه حيض، لأنّ الأمر متردّد بين كونه دم علة أو دم جبلة، والأصل السلامة.

انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٦/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٧١ و٧٢).

الناس استعمال السرجين، أو روث الأبقار في أواني الفخار، وعاداتهم في البول المتسرب في الحمام، فانهم حكموا بنجاستها، لا طراد العادة في استعمال السرجين في الأواني المذكورة، والبول في الماء المتسرب من الحمام، مع أن الأصل في ذلك الطهارة، ومعنى ذلك أن العادة قد حكمت ورُجِّحت على الأصل.

واشترطت طائفة من العلماء للعمل بالعادة الاطراد، كما في المثالين المذكورين، أما إذا لم تطرد فتكون المسألة من مسائل القولين، عند الشافعية^(١).

وهذه مسألة مفروغ منها، لأننا سبق أن ذكرنا أن من شروط تكون العادة، الاطراد. وأما تعارض الظاهرين، فإن وجهات النظر بشأنه مختلفة، وربما كان للوقائع الجزئية أثر في اختلاف الرأي، ومن أمثلة ذلك: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فادّعى كل واحد منهما، أو ادعى أحدهما الاشتراك في الجميع، فقد ذكر أن الشافعي -رحمه الله- يسوّي بينهما نظراً إلى الظاهر المستفاد من اليد، يقول ابن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ): (وبعض العلماء يخص كل واحد منهما بما يليق بالنظر إلى الظاهر المستفاد من العادة الغالبة وهذا مذهب ظاهر متجه)^(٢) ومعنى هذا تحكيم العادة والعمل بموجبها ووضّح ابن عبد السلام (ت ٥٦٦٠هـ) ذلك بقوله: (فإذا كان الزوج جندياً فادّعى أنه شريك المرأة في مغازلها وحققها، وادّعت المرأة أنها شريكته في خيله وسلاحه وأقيته و مناطقه وجبته كخودته وبردته، فإننا نجد في أنفسنا ظناً لا يمكننا دفعه، أن ما يختص بالأجناد للزوج، وما يختص بالنساء للمرأة. وكذا لو كان الزوج فقيهاً فنازعته في كتب الفقه، أو مقرأً فنازعته في كتب القراءة، أو طبيباً فنازعته في كتب الطب، أو محدثاً فنازعته في كتب الحديث، أو حجاباً فنازعته في آلة الحجامة، أو نساجاً فنازعته في آلة النسيج، أو بيطاراً فنازعته في آلة البيطرة، ونازعها هؤلاء فيما يختص بالنساء من المكاحل والمغازل والحقاق، فإن كل واحد يجد في نفسه ظناً لا يمكن دفعه عن نفسه بأن ما يختص بالأزواج

(١) المشور (٣١٢/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٧١).

(٢) قواعد الأحكام (٤٧/٢، ٤٨).

المذكورين لهم ، وما يختص بالنساء لهن^(١).

وفي جميع ما تقدم حُكمت العادة المطردة بين الناس ، عن طريق ترجيح الظاهر المستند إلى العادة أو العرف.

المطلب الخامس : التعارض بين العرف أو العادة والقياس

يطلق القياس في كلام الفقهاء على معنيين :

الأول : على القياس بالمعنى الأصولي ، الذي هو إثبات حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت^(٢).

الثاني : على القواعد العامة والكليات التي أخذت من استقراء الأدلة والنصوص والأحكام في مجال معين ، واكتشاف ما بينها من الروابط والعلل ، والجمع بينها.

وفيما يأتي توضيح ذلك وبيانه :

الفرع الأول : التعارض بين العرف أو العادة ، والقياس الأصولي.

وفي هذه الحالة يترك القياس للعرف ، إن كان عاماً ، سواء كان من الأعراف التي أقرها النبي ﷺ أو دعت إليها ضرورة الناس أو حاجاتهم. ومما مثلوا به لذلك.

١- إن الماء الذي يسقط فيه خمر الحمام النجس يُعدُّ فاسداً نجساً قياساً على خمر الدجاج ، لأن كلا منهما يستحيل إلى نتن وفساد. وهذا ما أخذ به الشافعي (ت ٢٠٤هـ) لكن الحنفية تركوا هذا القياس في الحمام ، لأن الحمام تركت في المساجد حتى في المسجد الحرام ، مع علم الناس بما يكون منها ، فكان ذلك إجماعاً عملياً منهم على ترك القياس ، وهو في حقيقته عرف عملي^(٣).

٢- ذهب الحنفية إلى أن الإجارة تفسد بالشروط المخالفة لمقتضى العقد قياساً على

(١) قواعد الأحكام (٤٧/٢ ، ٤٨) ، وسبق ذكر ذلك في ص (١٥٣) ، ولكن كان في مجال آخر.

(٢) الإبهاج (٣/٣) والتعريف للقاضي الباقلاني في الأصل.

(٣) الهداية وشرح فتح القدير (٦٩/١) ، ورد المختار (٢٢٠/١).

البيع^(١). بجامع أن كلاً منهما تجري فيه الإقالة والفسخ، ولكنهم تركوا هذا القياس فيما لو كان الشرط متعارفاً عليه^(٢).

٣- ومن ذلك مسألة استقراض الخبز وزناً أو عدداً، فإن أئمة الحنفية قد اختلفوا في ذلك، فكان أبو حنيفة يرى أن لا خير في استقراضه وزناً أو عدداً، لأنه لا يوقف على حد له، لأنه يتفاوت في الصفة عجنناً وتنوراً وخبزاً وتقدماً وتأخراً، فلا يجوز قياساً على السلم فيه. قال رحمته الله: (من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(٣). وذهب أبو يوسف (ت ١٨٢هـ) إلى جواز ذلك في الوزن، ومنعه في العدد، للتفاوت في أحاده. وذهب محمد (ت ١٨٩هـ) إلى جواز ذلك، وترك القياس على السلم فيه، للتعامل بين الجيران في اقتراضه، كما أن الحاجة داعية إليه، والقياس يترك بالتعامل^(٤) قال ابن الهمام: (ت ٨٦١هـ) : (وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف، وأنا أرى قول محمد أحسن)^(٥).

٤- ومن ذلك أن دفع الغزل إلى الحائك لينسجه بالثلث يقتضي القياس فساداً، كما هو الشأن في قفيز الطحّان. لكن مشايخ الحنفية في بلخ وخوارزم أفتوا بجواز إجارة الحائك بما ذكر للعرف عندهم، وبذلك أفتى أبو علي النسفي (ت ٤٢٤هـ) أيضاً^(٦) علماً بأن هذا من الأعراف الخاصة، وقد قالوا بأن العرف الخاص لا يثبت به الحكم العام. وإن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص. ولكن الحاصل أنهم أثبتوا حكمه في منطقته، كما هو ملاحظ في كثير من فتاواهم^(٧).

(١) الهداية بشرح نتائج الأفكار (١٧٤/٧)، وتبيين الحقائق (١٢١/٥).

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء (١٠٢).

(٣) رواه الجماعة عن ابن عباس (نيل الأوطار ٢٢٦/٥).

(٤) فتح القدير (٢٩٩/٥)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٩٥/٥)، ورد المختار (١٨٥/٥)، وانظر

العرف والعادة في رأي الفقهاء (١٠٢).

(٥) فتح القدير (٢٩٩/٥).

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٣).

(٧) المصدر السابق.

٥- إنَّ بيع النحل ودود القزِّ غير جائز عند أبي حنيفة، (ت ١٥٠هـ) لأنَّها ليست من الأموال عنده، قياساً على هوام الأرض كالوزغ والضفدع، أو الحشرات الأخرى، ولكن الإمام محمداً بن الحسن (ت ١٨٩هـ) من أصحابه أفتى بماليتهما وصحة بيعهما، لجريان العرف والتعامل بذلك تركاً للقياس^(١).

الفرع الثاني: التعارض بين العرف والقياس بمعنى القواعد العامة أو الكليات.

وهذا النوع من القياس أخذ من استقراء الأدلة والنصوص والأحكام الشرعية في مجال معيّن، بعد النظر فيها، واكتشاف ما بينها من الروابط والعلل، والجمع بينها بعد البحث عن ناسخها ومنسوخها، وعامتها وخاصتها، ومطلقها ومقيدها، وراجحها ومرجوحها، واستخلاص المعاني الكلية، والقواعد العامة.

وقد قرّر الفقهاء طائفة من هذه الأقيسة في مختلف أبواب الفقه، وقد تركوها في بعض المجالات، وفي نطاق محدود، للتعامل، أو العرف، ومن هذه المجالات:

١- عقد الإجارة:

والقياس فيها أن لا تجوز، لأنَّها عقد على المنافع، وهي غير موجودة عند العقد، فهي على هذا بيع معدوم، وهو غير جائز قال ﷺ لحكيم بن حزام: (لا تبع ما ليس عندك)^(٢). ولكن العلماء جَوَّزوها، مع اختلافهم في التوجيه والتعليل، غير أنَّ هناك شبه اتفاق بينهم في أنَّ المسوّغ لها تعامل الناس، وتعارفهم على إجرائها سلفاً وخلفاً.

وأكثر من قال بأن القياس فيها عدم الجواز هم علماء الحنفية. قال الكاساني (ت ٥٨٧هـ): (فالإجارة جائزة عند عامة العلماء، وقال أبو بكر الأصمّ (ت ٢٠١هـ): لا تجوز، والقياس ما قاله، لأنَّ الإجارة بيع المنفعة، والمنافع للمال معدومة، والمعدوم لا يحتمل البيع، فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل، كإضافة البيع إلى أعيان

(١) المدخل الفقهي (٩١٤/٢) (فقرة، ٥٣٢).

(٢) رواه الخمسة، وأخرجه أيضاً ابن حبان في صحيحه. وقال الترمذي حسن صحيح. وقد روي من غير

وجه عن حكيم، (نيل الأوطار ١٥٥/٥).

توجد في المستقبل، فإذا لا سبيل إلى تجويزها، لا باعتبار الحال، ولا باعتبار المآل، فلا جواز لها رأساً^(١).

قال المرغيناني (ت ٥٩٣هـ) بشأن عقد الإجارة: (والقياس يأبى جوازه، لأنّ المعقود عليه المنفعة، وهي معدومة وإضافة التملك إلى ما سيوجد لا يصحّ، إلا أنّا جوّزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار)^(٢). وإذا كان الأمر كما ذكر، وهو كذلك للأدلة الشرعية المتعددة، فإنّ هذا لا يُعدّ من باب تعارض العرف مع القياس، لأنّ الاستثناء والتجويز تمّ بأدلة أخرى غير الأعراف والتعامل، والأعراف كانت متابعة لما جاء في الآثار.

ومع ذلك فإنّ عمل العرف والتعامل يظهر في الجوانب الجزئية التطبيقية، كجواز دخول الحمام من غير تعيين الأجرة، وبيان مدّة المكث، وما يستهلك من الماء، لتعامل الناس بذلك، مع أنّ القياس يقتضي تبين مقدار مدة المكث، ومقدار ما يستهلك من الماء، وتعيين الأجرة، لأنّه من دون تعيين ذلك تتحقّق الجهالة المفضية إلى النزاع، ولكنّ الفقهاء جوّزوا ذلك لتعارف الناس وتعاملهم به^(٣).

٢- عقد السلم:

السلم في اصطلاح الفقهاء هو بيع آجل بعاجل^(٤). وفي التعريفات أنّه في الشرع (اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وفي الثمن آجلاً، فالبيع يسمّى مسلماً فيه، والثمن رأس المال، والبائع مسلماً إليه، والمشتري ربّ السلم)^(٥)، وسبق لنا ذكر قول النبي ﷺ بشأنه، وأنّه أجازه، ولكن بشروط خاصة تضمنها قوله ﷺ: (من أسلف فليسلف في

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٧٣) وقد جوّزت الإجارة عند الحنفية استحساناً، لقيام الدليل على جوازها من الكتاب والسنة والإجماع.

(٢) الهداية بشرح نتائج الأفكار (٧/ ١٤٧).

(٣) أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور سيد صالح عوض (٣٨٨ و ٣٨٩).

(٤) نتائج الأفكار (٥/ ٣٢٣). وجاء في المادة (١٢٣) من مجلة الأحكام العدلية أنّ السلم (بيع مؤجل بمجّعل) درر الحكّام (١/ ٩٩)، وشرح المجلة للأتاسي (٢/ ١٦) وهو موافق لتعريف الفقهاء.

(٥) التعريفات (١٠٦).

كيل معلوم ووزن معلوم، إلى أجل معلوم^(١). وقد نص كثير من العلماء على أنه مخالف للقياس، لأنه من بيع المعدوم، والقياس يأبى جوازه. ولكن ترك القياس بالكتاب والسنة والإجماع^(٢). وإذا كان الأمر كذلك فإن هذا لا يدخل في مجال ترك القياس بتعامل الناس وأعرافهم، ولا يصلح للاستشهاد به في هذا الموضع، ولكننا أوردناه، لما علل به كثير من الفقهاء، ولورود ذلك في كثير من مباحث العلماء. ونص الكتاب الذي ذكره، هو قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وأما السنة فأحاديث متعددة أفادت جوازه، منها الحديث الذي سبق ذكره، وقد أجمعت الأمة على جوازه والتعامل به.

٣- الاستصناع

الاستصناع في اللغة طلب صنع الشيء من ذي حرفة الصناعة^(٣). وفي الاصطلاح عرفه ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) بأنه (طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص)^(٤). وكثير من الفقهاء يعرفونه بالتصوير، أي بذكر صورة من صورته كأن يعرفوه بأن يجيء إنسان إلى صانع فيقول له اصنع لي شيئاً صورته كذا، وقدرته كذا، بكذا درهماً، ويسلم إليه جميع الدراهم، أو بعضها، أو لا يسلم^(٥). وفي المادة (١٢٤) من مجلة الأحكام العدلية عرف الاستصناع بأنه (عقد مقاوله مع أهل الصناعة على أن يعمل شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع^(٦)). وقد اختلفوا في تكييفه، فبعض الفقهاء يراه بيعاً، وبعضهم يراه عدة، وقد ذكروا له أركاناً وشروطاً متعددة، ليس هذا موضع بحثها، لأنها غير مقصودة لنا، هنا.

(١) سبق تخريجه.

(٢) الاختيار لتعليل المختار (١/٢٠٦)، وتبيين الحقائق (٤/١١٠).

(٣) لسان العرب.

(٤) رد المحتار (٥/٢٢٣).

(٥) العناية للبايرتي بهامش فتح القدير (٥/٣٥٤)، وبمثل ذلك صورها الكمال بن الهمام في فتح القدير.

(٦) درر الحكام (١/٩٩)، وشرح المجلة للأتاسي (٢/١٧).

ومهما يكن من أمر فقد عدّوه مخالفاً للقياس ؛ لأنه من بيع المعدوم ، وقال الحنفية بأنه جاز استحساناً ، قال ابن الهمام (ت ٨٦١هـ) في توجيه الاستحسان : (للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي ، من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا نكير ، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ لا تجتمع أمتي على ضلالة^(١) وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً ، واحتجم ﷺ ، وأعطى الحجام ، مع أن مقدار عمل الحجام ، وعدد كرات وضع المحاجم ومصّها غير لازم عند أحد ، ومثله شرب الماء من فم السقاء)^(٢) .

وفي هذه الحالة يمكن أن يقال إن هذا ثابت بالسنة ، فلا يكون من باب ترك القياس بالعرف والتعامل ، إلا إذا قصرنا ما ثبت بالسنة على استصناعات محدودة ، كانت في عهد النبي ﷺ وعهد صحابته ، فيكون تجاوز هذه الاستصناعات إلى أنواع غيرها مما ترك به القياس للعرف والتعامل . ومع تطوّر الحياة ، وارتقاء الحضارات ، فقد نشأت مصنوعات جديدة يحتاجها الإنسان في مختلف المجالات ، ولم تعد الحاجة إلى المصنوعات بسيطة ، كما كانت من قبل ، بل أصبحت متنوعة ودقيقة ، وواسعة ، ومتجدّدة ، على مرور الأيام . تفرض حاجة الناس إليها أن يتعاملوا بها ، وأن يتعارفوا عليها ، وهي على مختلف أنواعها وصورها لا تدخل في قواعد وأقيسة البيع المقرّر شرعاً بل هي مخالفة لقياسها ومنهجها .

٤- إن القاعدة القياسية في قبض الدين أنّه لا يجوز أن يُدفع لغير صاحبه أو من ينوب عنه ولاية أو وكالة ، ولا يُعدّ القبض نافذاً ما لم يتم وفق ما ذكر .

لكنّ الفقهاء تركوا هذا القياس في البنت البكر البالغة ، إذا قبض عنها مهرها ، عند زواجها ، أبوها أو جدها ، عند عدم الأب ، فاعتبروا ذلك قبضاً نافذاً عليها ، ومبرئاً للزوج من استحقاق المهر عليه ، وذلك اتباعاً للعرف وما جرت به العادة^(٣) .

(١) رواه أحمد والطبراني في الكبير وابن أبي خيثمة في تاريخه عن أبي نصر الغفاري رفعه في حديث سألت ربي أن لا تجتمع أمتي على ضلالة ، فأعطانيها ، وقد أخرجه غير هؤلاء مرفوعاً أيضاً . انظر تفاصيل ذلك وشواهد في كشف الخفاء (٢/٤٧٠) .

(٢) فتح القدير (٥/٣٥٥) .

(٣) نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الخياط (٧٣) ، والمدخل الفقهي (٢/٩١٥) فقرة (٥٣٢) .

٥- إن القاعدة أو القياس أن يستمع الحاكم إلى كل دعوى ترفع إليه ، ويقضي بما تقتضيه الأدلة والقرائن عنده ، ولكن الفقهاء تركوا هذا القياس ، إذا ادّعت الزوجة المدخول بها ، أن زوجها لم يدفع إليها شيئاً من معجل مهرها ، وطالبت بالقضاء عليه بجميع مهرها ، وقالوا أنه لا تسمع دعواها ، وأتما يردّها القاضي ، دون أن يسأل الزوج عن ذلك ، استناداً إلى أن العادة المطردة أن المرأة لا تُزفّ إلى زوجها ما لم يدفع لها مهرها كلّها ، أو بعضه^(١).

٦- وقد ذكر العلماء طائفة من العقود والمعاملات المتعارف عليها ، مما هي مخالفة لهذا النوع من القياس ، تقتصر على تعداد طائفة محدودة منها ، وهي :

أ. الشرب من فم السقاء.

ب. دخول الحمامات.

ج. بيع المعاطاة.

د. الاحتجام بأجرة

فكلّ هذه الأمور مما جرى به التعامل ، مع أنها مخالفة للقياس ، لأنه لا يعرف كم مقدار ما يشرب من الماء ، وكم مقدار ما يقعد في الحمام ، وكم يستعمل من الماء ، وكم قدر الدم الذي يخرج بالاحتجام^(٢)

(١) المدخل الفقهي (٢/٩١٤ و ٩١٥) ، (فقرة ٥٣٢).

(٢) تبين الحقائق (٤/١٢٣).

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث التاسع

دراسة بعض القواعد المتفرعة من القاعدة

مقدمة :

المطلب الأول: القواعد المرادفة أو الشخصية لعنى القاعدة

المطلب الثاني: القواعد والضوابط الشخصية لعنى القاعدة في نطاق معين

المطلب الثالث: القواعد والضوابط الشخصية لبعض شروط القاعدة

المطلب الرابع: القواعد والضوابط الشخصية لمجال عمل العرف والعادة

المطلب الخامس: القواعد والضوابط الشخصية للعرف والعادة في مجال التفسير

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث التاسع

دراسة بعض القواعد المتفرعة من القاعدة

مقدمة

ذكرنا خلال الكلام عن أركان القاعدة وشروطها طائفة من القواعد والضوابط المفيدة لقاعدة العادة محكمة، أو المفسرة لها، أو لبعض أركانها أو شروطها، أو المرادفة لمعناها في مختلف المجالات، أو في مجال خاص.

ولهذا فإننا سنقصر الكلام، هنا، على الضوابط أو القواعد التي لم يرد ذكرها سابقاً، والتي أفرد لها العلماء كلاماً خاصاً لانفرادها ببعض الأحكام، أو لشيوعها وانتشارها، أو لأسباب أخرى، لكننا نبه، قبل بدء الكلام عنها إلى ما يأتي:

١- إن بعض القواعد والضوابط ذات اعتبارين، ولهذا فإنه من الممكن أن تصنف في أكثر من موضع. مثال ذلك إن القواعد التالية، وهي:

أ- كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف.

ب- ويعتبر العرف في المعاملات، ولا يعتبر في التعليق والدعوى والإكراه.

ج- وحكم العرف يثبت على أهله عاماً كان، أو خاصاً.

نقول: إن هذه القواعد والضوابط يمكن إدخالها في القواعد أو الضوابط التفسيرية، كما يمكن أن تكون من ضمن القواعد التي تبين مجال عمل القاعدة، وتحكيمها، وذلك لجمعها بين هاتين الصفتين. وهذا ينطبق على طوائف مما ستذكره من القواعد والضوابط.

٢- قد نكرّر القاعدة في موضعين، بناءً على الاعتبار الماضي، ولكن هذا لن يكون مطرداً بل في حالة وجود حاجة إليه.

٣- إن بعض القواعد أو الضوابط التي سنذكرها في مجالاتها الخاصة، سبقت دراستها في

ضمن الكلام عن شروط القاعدة، أو شروط تطبيقها، ولهذا فسنكتفي بذكرها فقط، مع الإحالة إلى موضع دراستها.

٤- إن شرح بعض القواعد أو الضوابط المتفرعة أو التابعة لقاعدة (العادة محكمة)، مما لم يرد شرحه وبيانه فيما سبق، سيقصر على بعضها، كما ذكرنا، سابقاً.

وفيما يأتي بيان ذلك وتوضيحه.

المطلب الأول: القواعد المرادفة، أو المشخصة لمعنى القاعدة.

ويدخل في هذا المجال ضوابط وقواعد عدّة، منها:

١. استعمال الناس حجة يجب العمل بها^(١).

٢. الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي^(٢).

٣. الثابت بالعرف كالثابت بالنص^(٣).

٤. المعلوم بحكم العادة كالمشروط^(٤).

٥. الفتوى على عادة الناس^(٥).

وفيما يأتي شرح بعض هذه القواعد:

الفرع الأول: قاعدة: استعمال الناس حجة يجب العمل بها

سبق أن ذكرنا أنّ العلماء ذكروا في تفسير الاستعمال قولين:

القول الأوّل: أنّه مرادف لمعنى العادة.

(١) المادة (٣٧) من مجلة الأحكام العدلية، وفي نشر العرف: التعامل حجة يترك به القياس (٥).

(٢) المبسوط (١٣/١٤)، ونشر العرف (٤)، والقواعد للبركتي (١١٥/١)، والعرف والعمل في المذهب المالكي (٨٩).

(٣) درر الحكام (١٤/٤٦)، ونشر العرف (٤)، ونظرية العرف للدكتور عبد العزيز الحياط (١٠٢).

(٤) المغني (٤/١١٩)، و (٥/٥١٧) وذكر ذلك أيضاً بصيغة (المتعارف كالمشروط) المغني.

(٥) نشر العرف (٩).

والقول الثاني: أنه نقل اللفظ عن موضعه الأصلي، واستعماله في معناه المجازي، شرعاً، وغلبة استعماله فيه.

ومن الممكن أن يراد كلا المعنيين في تفسير هذه القاعدة، أمّا على المعنى الأوّل فتكون القاعدة مرادفة، ومساوية في معناها القاعدة الأصلية (العادة محكمة) فتقيّد بما تقيّدت به، أي أنّ استعمال الناس لا يكون حجة إلّا إذا تحققت الشروط اللازمة لتحكيم العرف أو العادة، ممّا سبق ذكره.

وأما على المعنى الثاني، فإنّ غلبة استعمال اللفظ في المعنى يُصيّره حقيقة عرفيّة، والحقيقة العرفيّة محكمة في فهم الألفاظ، وتخصيص العامّ منها، فهي بمعنى القاعدة الأصلية، ولكنها في مجال معيّن، ويتّضح تطبيقها كثيراً في الأيمان. فلو حلف لا يأكل شواء، اختصّت يمينه باللحم المشوي، دون البيض والبصل والبادنجان، وغيرها ممّا يشوى، وكذلك لو حلف أن لا يركب دابة، أو لا يستضيء بسراج، لم يتناول إلا ما يسمى في العرف والعادة كذلك^(١). وفي المادة (١٢٢) من قواعد بن رجب نص على أنّه (يُخصّ العموم بالعادة)^(٢) وقد يظهر لبعض المذاهب خلاف وتفصيلات في هذه المسألة^(٣).

وذكرت لهذه القاعدة تطبيقات متعدّدة في شروح مجلّة الأحكام العدلية منها:

أنه لو أهدى شخص لآخر شيئاً، كالتفاح مثلاً، في صحن، فإنّه يجب ردّ الصحن لأنّه يُردّ عادةً. ولو أهدى له تمرّاً أو عنباً في سلّة، فإنّه لا يرّد السلّة لصاحبها، لجريان العادة بعدم ردّها، ومنها:

أنّه لو استأجر شخص عاملاً ليعمل له في بستانه يومياً، فتعيين وقت العمل في اليوم،

(١) القواعد لابن رجب (٢٧٤)، القاعدة (١٢١)، وشرح المجلّة للأتاسي (٨٧/١).

(٢) القواعد لابن رجب (٢٧٦).

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا (١٦٩).

عائد إلى العرف في ذلك البلد، وهكذا^(١).

وهذا كلّهُ، عند عدم التنصيص، أو التصريح بشيء، كما هو معلوم من شروط تحكيم العادات والأعراف.

وهذه الأعراف والعادات قابلة للتبدّل والتغيّر بحسب اختلاف الزمان والمكان. وفي الأعراف والعادات الجارية في أيامنا فإنّ العادة تقضي بعدم ردّ الصحون، أو الكؤوس المصنوعة من الورق، أو المادة البلاستيكية الخفيفة، التي تستعمل مرّة واحدة، أو عدداً قليلاً من المرات^(٢). وفيما يتعلّق بوقت العمل فإنّ الأعراف والعادات الآن مبنية على الأنظمة والقوانين التي حدّدت ساعات العمل. فالوقت الذي ينتهي فيه العمل مرتبط بوقت الابتداء، لما نصّ عليه قانون العمل من عدد محدّد للساعات. والقاعدة التي نتحدّث عنها هي نصّ المادة (٣٧) من مجلة الأحكام العدلية، وأصلها في (مجامع الحقائق) لأبي سعيد الخادمي (ت ١١٧٦هـ)^(٣).

ومن الجدر بالذكر أنّ بعضهم ذكر أنّ من شروط عمل هذه القاعدة أن لا تخالف نصوص الفقهاء^(٤). وشرح الشيخ السدّان ذلك بقوله (أي الأحكام التي قرّرها الفقهاء تخريجاً وتفقيهاً بطريق القياس، أو الاستحسان، أو الاستصلاح في المسائل الحادثة التي لم يرد عليها نصّ صريح في الشريعة)^(٥). ولا يبدو أنّ مثل هذا الكلام مقبول، إذ صرّح علماء الحنفية، وهم من المتوسّعين في العرف، أنّ العرف مقدّم على أقوال العلماء. قال ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ): (وأما العرف الخاصّ، إذا عارض النصّ المذهبي المنقول عن صاحب المذهب، فهو معتبر، كما مشى عليه أصحاب المتون والشروح والفتاوى في الفروع التي ذكرناها، وغيرها، وشمل العرف الخاصّ القديم والحادث كالعرف العام).

(١) درر الحكام (٤٢/١)، ونظرية العرف (٩٦).

(٢) نظرية العرف (٩٦).

(٣) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (٢٣٥).

(٤) المصدر السابق، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرّع عنها للدكتور صالح السدّان (٣٨٣).

(٥) القواعد الفقهية الكبرى للسدّان (٣٩٣ و ٣٩٤).

وقال: (وبما قرّرناه أيضاً اتضح لك معنى ما قاله في القنية، وأشرنا له في البيت السابق من أنه ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما بظاهر الرواية، ويتركا العرف - والله تعالى أعلم^(١)). فإذا كان هذا في العرف الخاص فإنه من باب أولى أن تترك نصوص العلماء إذا خالفت العرف العام.

وقد شدّد بعض العلماء على من اشترطوا عدم مخالفة نصوص العلماء، قال أبو عبدالله بن محمد الأغلالي المالكي في منظومته:

وكلّ ما يبنى على العرف يدور معه وجوداً عدماً دور البدور
وأحذر جمودك على ما في الكتب فيما جرى عرف به، بل منه تب^(٢)
ولا شك أن هذا الاشتراط يُعدّ من مظاهر التقليد الأصمّ، ونوعاً من التعبد بنصوص البشر. والله أعلم.

الفرع الثاني: قاعدة: الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي.

تُعدّ قاعدة (الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي) من القواعد المرادفة للقاعدة الكبرى (العادة محكمة)، إذ معنى ذلك أن ما توافق عليه الناس، وتحققت فيه الشروط فإنه محكم، لأنه يكون - حينئذ - كالثابت بدليل شرعي، فيكون معمولاً به، وحكماً في تحديد الحكم، أو ما يتصل به من شروط وغيرها. لأن الدليل الشرعي هو الحكم الفصل في إثبات الأحكام.

وقد نصّ على هذه القاعدة طائفة من الفقهاء، منهم السرخسي (ت ٤٨٣هـ) في المبسوط^(٣). وتوجد في استعمالات الفقهاء عبارات أخرى في معنى هذه القاعدة منها (الثابت بالعرف كالثابت بالنص)^(٤).

(١) نشر العرف (٣٠).

(٢) العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر عبد الكريم الجديدي (١٤٦).

(٣) نشر العرف (٤)، والعرف والعمل في المذهب المالكي (٨٩).

(٤) درر الحكام (٤٦/١)، ونظرية العرف للخياط (١٠٢).

والقاعدة بالصيغ المذكورة، عامّة، كالقاعدة الأم (العادة محكمة) عند استيفاء الشروط، غير أنّ عدداً من شراح المجلة ذكروها في ضمن قاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)^(١). ولهذا فإنّ أكثر ما ذكر لها من التطبيقات، كان في زمن الكلام عن هذه القاعدة الفرعية.

ومن أمثلتها:

إنّ الطباخ إذا استوَجِر في عرس، فإنّ إخراج المرق عليه، وإنّ له لو طبخ قدرًا خاصّة ففرغ منها فله الأجر، وليس عليه في إخراج المرق شيء وفقاً للعادة.

ومثل ذلك ما لو استأجر سيارة لنقل بضاعة من مكان إلى مكان، فتقلت، وأبى صاحب السيارة، بعد إيصالها، إنزال البضاعة إلى مخازن المستأجر، يُحكّم العرف، في حالة عدم التنصيص على ذلك في العقد، أو الاتفاق، كبائع قناني الغاز لو رفض إدخالها إلى المطبخ، أو الصعود بها إلى السطح^(٢).

ولو سكن شخص داراً لآخر، معدّة للأجرة، بدون إذن، وبدون تأويل ملك، أو تأويل عقد، فإنّهُ تلزمه أجرة المثل، ويقاس على ذلك كثير من الأمثلة، كمن ينام في (الفندق) أو يغتسل في الحمّام، فإنّهُ يجب عليه الأجر المحدّد، والمتعارف على أخذه ممّن ذكر^(٣).

ويقاس على ذلك ما يجري الآن من شراء الأطعمة من المطاعم أو المطابخ في الولائم، فإنّهُ إذا اختلف في أمر نقلها، ولم ينص على ذلك، يرجع إلى العرف الجاري، وهكذا.

وبوجه عام، فإنّ كل ما تنطبق عليه القاعدة الأم (العادة محكمة) ينطبق على هذه

(١) المادة (٤٣) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) شرح المجلة للأتاسي (١٠٠/١).

(٣) درر الحكام (٤٦/١).

القاعدة، لأنها في معناها^(١).

المطلب الثاني: القواعد والضوابط المشخصة لعنى القاعدة في نطاق خاص

وهي قواعد كثيرة منها:

١. المعروف بين التجار كالمشروط بينهم^(٢).

٢. الشرط العرفي كاللفظي^(٣).

٣. المتعارف كالمشروط^(٤).

٤. الإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي^(٥).

٥. التعيين بالعرف كالتعيين بالنص^(٦).

٦. المعلوم بحكم العادة كالمشروط^(٧).

٧. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٨).

وسنكتفي ببيان وشرح قاعدتين من هذه القواعد، لاشتغالهما، وكثرة تداولهما واستعمالهما:

الفرع الأول: قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ومثلها قاعدة المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

تُعَدُّ هاتان القاعدتان من مشخصات العرف أو العادة في مجال ونطاق محدّد. فهما

(١) انظر بعض الأمثلة في شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا، في شرح المادة (٤٣) المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (١٨٣) و(١٨٤).

(٢) المادة (٤٤) من المجلة.

(٣) أعلام الموقعين (٣٢٣/٢).

(٤) المغني (٥١٧/٥).

(٥) المغني (٥١٦/٤)، وفي أعلام الموقعين: الإذن العرفي يجري مجرى الإذن اللفظي، وفي مغني ذوي الأفهام (٢٤٥) (الاذن العرفي كالأذن الحقيقية)، وفي قواعد المقرئ (١٦٢) (الإذن العادي أو الشرعي ينزّل عند المالكية منزلة القول).

(٦) المادة (٤٥) من المجلة. انظر: درر الحكام (٤٦/١)، وشرح المجلة للأتاسي (١٠٣/١).

(٧) المغني (١١٩/٤)، و (٥١٧/٥).

(٨) المادة (٤٣) من مجلة الأحكام العدلية.

تبيين أنّه إذا لم تذكر شروط في العقود أو المعاملات ، فإنّ المتعارف عليه يقوم مقام التنصيص عليها ، لكن القاعدة الأولى عامة ومطلقة ، والقاعدة الثانية خاصّة في مجال الاشتراطات التي تقع بين التّجار .

والقاعدة الأولى (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) هي نصّ المادة (٤٣) من مجلة الأحكام العدلية . وقد ذكر على حيدر (ت) أنّ في الكتب الفقهيّة عبارات أخرى بمعنى هذه القاعدة ، نحو (الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي) ، (والمعروف عرفاً كالمشروط شرعاً) ، و (الثابت بالعرف كالثابت بالنص) ، و (المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ)^(١) .

ونقل ابن نجيم (ت ٩٧٠ هـ) عن عدد من كتب الحنفية كالظهيرية^(٢) والبرازية^(٣) ، في كلامه عن العادة المطردة ، وهل تنزل منزلة الشرط ، آراء علماء الحنفية في ذلك ، وذكر عن علمائهم أنّ الفتوى على قول محمد (ت ١٨٩ هـ) - رحمه الله - وهو أنّ العامل أو الحرفي ، إن كان معروفاً بخدمته ، وأنه ممّن يأخذ الأجر ، كان القول قول من يشهد له العرف ، إعمالاً لقاعدة ، (المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً)^(٤) .

والقاعدة الثانية ، أي قاعدة (المعروف بين التّجار كالمشروط بينهم) هي نصّ المادة (٤٤) من مجلة الأحكام العدلية ، وتطبيقاتها في الأسواق التجارية ، عند الاختلاف ، واسعة . وقد سبق أن ذكرنا أمثلة متعدّدة ، لما يدخل تحت هاتين القاعدتين في بعض أقسام العرف ، كالعرف العام والعرف الخاص ، والعرف العملي وغيرها ، ونضيف هنا إلى ذلك ، أن كل ما جرى به التعامل والتعارف بين التّجار في مسألة طريقة البيع والتسليم ، والنقل وتسديد المبالغ ، والنقود والشيكات ، وغيرها يؤخذ بها ، وتحكم عند

(١) درر الحكام (١/٤٦) .

(٢) هي الفتاوى الظهيرية . لظهير الدين أبي بكر محمد بن أحمد القاضي المحتسب ببخارى ، الحنفي المتوفى سنة (٦١٨ هـ) . وقد جمعت طائفة من الواقعات والنوازل التي يفتقر إلى معرفتها ، وفوائد أخر .

(٣) البرازية في الفتاوى للشيخ حافظ الدين محمد بن محمد شهاب الدين المعروف بابن البراز الكردي الحنفي المتوفى سنة (٨٢٧ هـ) . وسماها المؤلف الجامع الوجيز .

(٤) الأشباه والنظائر (٩٩) .

الاختلاف، وعدم النص عليها.

وفي المادة (٢٥١) من مجلة الأحكام العدلية أن (البيع المطلق يتعقد معجلاً أمّا إذا جرى العرف في بلدة على أن يكون المطلق مؤجلاً أو مقسّطاً إلى أجل معلوم يتصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل). وفي المادة (٢٣٠) أحالت المجلة بشأن ما يدخل في البيع وما لا يدخل، إن لم يصرح بذكره، على العرف، وعلى ذلك تتوقف معرفة دخول المطبخ والكنيف والعلو وغير ذلك من المرافق، عند بيع الدار، إن لم ينصّ عليها في العقد^(١)، ومثل ذلك ما يدخل وما لا يدخل في بيع المزارع أو البساتين.

الفرع الثاني: قاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

التعيين في اللغة تخصيص الشيء من الجملة^(٢) والنص في اللغة الرفع، وفي الاصطلاح قيلت فيه معانٍ عدة^(٣) لكن الذي يظهر أنّ المراد منه هنا، هو صيغة الكلام الأصلية، ومن ذلك إطلاق الأصوليين للنصّ على صيغ الكتاب والسنة، ومن ذلك أيضاً إطلاقه على عبارات المتكلمين في تصرفاتهم وعقودهم^(٤) وهذا الإطلاق من المعاني المولدة التي استعملها الناس قديماً، بعد عصر الرواية^(٥).

فمعنى القاعدة أنّ ما عيّنه العرف وخصّصه يكون كالمنصوص عليه ويأخذ حكمه. فالأموال الربوية التي لا يوجد نصّ شرعي بشأنها، يعبّر كونها موزونة، أو مكيّلة، كالحمص والعدس والفاصوليا والفول وغيرها، فإنّه ينظر فيها إلى العرف، فإن تعيّن في العرف أنّها مكيّلة أو موزونة فهي كذلك، واعتبر ذلك في حكم المعيّن بالنصّ، أي

(١) انظر شرح المجلة لسليم رستم باز (٣٧ و ٣٨)، وقد أحوال بشأن تحكيم العرف في المعاملات إلى طائفة من مواد المجلة، منها: المواد (٢٣٠، ٢٥١، ٤٧٢، ٥٥٤، ٥٧٦، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٤٩٨). وفي النظر إلى هذه المواد نجد أنها تحيل على أمّهات مصادر الفقه الحنفي.

(٢) المصباح المنير.

(٣) انظر: التخرّيج عند الفقهاء والأصوليين (١٩١).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق.

الحديث الوارد عن النبي ﷺ بشأن الأموال الربوية^(١) وإذا أعار شخص آخر سيارة إعارة مطلقة فإنه لا يجوز للمستعير أن يركبها أو يحملها غير المعتاد المتعارف عليه. فإن حملها حديداً، أو سلك بها طريقاً وعرة فعطبت السيارة فإن المستعير يكون ضامناً، لمخالفته المعتاد، الذي يعتبر كالنصّ على المنع من تحميلها الحديد، أو أن يسلك بها الطرق الوعرة^(٢)، ومثل ذلك الوكيل يبيع شيء وكالة مطلقة، فإنه يعتبر فيها ما هو المعتاد، ويكون كالمنصوص عليه^(٣). فلا يجوز أن يتصرّف بما لا يبيحه العرف.

وبهذه القاعدة أخذت مجلة الأحكام العدلية في مادتها (٤٥). وتعدّ هذه القاعدة كالقاعدتين السابقتين، فهي تشخيص لمعنى قاعدة (العادة محكمة) في مجال التفسير والبيان لما هو مطلق وغير منصوص عليه.

ومن الجدير بالذكر أنّ مجلة الأحكام العدلية. أوردت حالات متعدّدة مما يرجع فيها إلى العرف في تعيين ما لم يرد به النصّ. منها ما جاء في المواد (٥٢٧)، و(٥٢٨)، و(٨١٦)، و(١٤٩٨)، و(١٤٩٩).

المطلب الثالث: القواعد والضوابط المشخّصة لبعض شروط القاعدة:

الفرع الأول: القواعد والضوابط المشخّصة لاشتراط عدم مخالفة النصّ الشرعي

وهي قواعد عدّة منها:

١. كلّ عرف ورد النصّ بخلافه فهو غير معتبر^(٤).
 ٢. المذهب عند الحنفية أنّ عدم اعتبار العرف الخاصّ إنّما هو فيما إذا عارض النصّ الشرعي، فلا يترك به القياس ولا يخصّ الأثر^(٥).
- وقد سبق الكلام عن هذا الشرط والقواعد المشخّصة له، بتفصيل خلال الكلام عن شروط القاعدة، وشروط تطبيقها.

(١) شرح المجلّة للأتاسي (١/١٠٣).

(٢) درر الأحكام (١/٤٦).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المبسوط للسرخسي (١٢/١٩٦).

(٥) نشر العرف (٣٠).

الفرع الثاني: القواعد والضوابط المرادفة لشرط أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه

ومن هذه القواعد:

١. المنع الصريح نفي للإذن العرفي^(١).
٢. صريح القول يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال^(٢).
٣. كل ما ثبت بالعرف، إذا صرح المتعاقدان بخلافه، بما يوافق مقصود العقد، ويمكن الوفاء به، صح^(٣).
٤. العرف والعادة يكون حجة، إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد المتعاقدين^(٤).

وقد سبق الكلام عن بعض هذه الشروط في ضمن الكلام عن شروط القاعدة.

الفرع الثالث: القواعد والضوابط المشخصة لشرط الاطراد

ومما ذكره منها، ما يأتي:

١. إنما تعتبر العادة إذا اطرّدت أو غلبت^(٥).
٢. العبرة للغالب الشائع لا للنادر^(٦).
٣. العادة إذا اطرّدت ينزل اللفظ في العقود عليها، وإذا اضطربت لم تعتبر، ووجب البيان^(٧).

(١) المغني (٤/٥١٦).

(٢) المصدر السابق (٥/٤٨٦ و ٤٩١).

(٣) قواعد الأحكام (٢/١٥٨).

(٤) درر الحكم (١/٤٢).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي (١٠١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٤)، ومجلة الأحكام العدلية المادة (٤١).

(٦) المادة (٤٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(٧) المنشور (٢/٣٦١).

٤. النادر لا حكم له^(١).
٥. يجب الرجوع إلى العوائد فيما كان خلقة، كالحيض والبلوغ، فإن اختلفت فإلى الغالب، وقد يختلف الأمر فيه بالبلاد، وغلبة مزاج في قوم فيختلف الناس^(٢).
٦. من تقرّرت له عادة حمل عليها، فإذا انخرمت رُجع إلى الأقوى^(٣).
- وسنكتفي بدراسة قاعدة واحدة منها، لاشتهارها، وبناء كثير من الأحكام عليها، علماً بأن طائفة من القواعد الأخرى ورد الكلام عنها في ضمن الكلام عن شروط القاعدة.

(١) نشر العرف (٤٢).

(٢) القاعدة (١١٧)، من قواعد المقرّي (٣٤٥/١).

(٣) القاعدة (١١٨) من قواعد المقرّي (٣٤٦/١).

قاعدة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر

تُعَدُّ هذه القاعدة من المقاييس التي تبين الحالة التي يحكم بها على تحقق الأُطْرَاد أو الغلبة في عادة ما.

والغالب في اللغة هو الأكثر، وسبق لنا أن ذكرنا في شرط أن تكون العادة مطردة أو غالبية أنَّ الغلبة في القاعدة أن تكون معروفة عند الأكثرية، أو أنها لا تتخلف كثيراً^(١).

وفسر التغليب بأنه (الأخذ بأحد أمرين أو أمور وتقديمه على غيره في الاعتبار لمزية تقتضي هذا التغليب)^(٢) وقد أعمل التغليب في مجالات عدّة، وفسر في عدد منها، بما لا يتفق مع تفسيره في المجالات الأخرى. يقول الكفوي (ت ١٠٩٤هـ): (والتغليب أمر قياسي يجري في كل مناسبتين ومحتلطين بحسب المقامات)^(٣)، وقيل: (إنّه ترجيح أحد المعلومين على الآخر، إجراء للمختلفين مجرى المتفقين)^(٤).

ولا يبدو لهذا المعنى وجه في تفسير الغالب في القاعدة، إذ الغالب هو الأكثر، أو ما سلكه واتبعه الأكثرون، كما فسرناه سابقاً.

وأما الشائع فهو، على ما فسره علي حيدر في شرحه للمجلة (الأمر الذي يصبح معلوماً للناس، وذائعاً بينهم)^(٥).

والنادر هو ما قلّ وجوده، وإن لم يخالف القياس^(٦). فمعنى القاعدة أنَّ المعتدّ به هو العمل بما شاع وانتشر وكثر، وكان سلوكاً للجمهور الغفير. ولا يؤثر في ذلك القليل الخارج عن العمل بذلك، وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية. هذه القاعدة من مجامع

(١) انظر (ص ٦٣) من هذا البحث.

(٢) نظرية التقريب والتغليب للريسوني (٢٩).

(٣) الكليات (٢٨٢).

(٤) كشاف اصطلاحات الفنون (١٠٨٩/٣).

(٥) درر الحكام (٤٥/١).

(٦) التعريفات (٢١٤).

الحقائق للخادمي (ت ١١٧٦هـ)^(١)، وأصلها من كلام أبي الحسن الكرخي (ت ٣٤٠هـ) قال في أصوله: (الأصل أن السؤال والخطاب بمعنى ما عمّ وغلب لا على ما شدّ وندر)^(٢)، وقال نجم الدين النسفي (ت ٥٣٧هـ)، من مسائله: أن من حلف لا يأكل بيضاً فهو على بيض الطير دون السمك^(٣). والمثال المذكور يؤكد أن القاعدة المذكورة هي من قيود أو شروط قاعدة (العادة محكمة)، إذ هي مرادفة لقاعدة (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) وقد استبعد الشيخ محمد طاهر الآتاسي (ت ١٣٥٩هـ) في شرح المجلة أن يكون المراد من القاعدة ما تقدّم ذكره، وتعجب ممن فسرها بذلك، بناء على أن القاعدة المذكورة وردت في المجلة بعد قاعدة (إنما تعتبر القاعدة إذا اطردت) مما يترتب عليه التكرار، وإن كان الاحتمال ممكناً. لكنّه رأى حملها على مناسبات الأحكام التي لا تدخل تحت الانضباط، فيقام مقامها ما يلزمها في العادة، لكونه مظنة تلك العلة، نحو (قصر الصلاة في السفر، هو رخصة مشروعة، وأنّ العلة في ذلك المشقة، لكنّها لم تنضبط لاختلافها بحسب الأشخاص والأحوال والأزمان، أقيم السفر مقامها، بحيث متى وجد السفر وجد القصر، لأن السفر يلزم المشقة غالباً، وتخلّفها في البعض كسفر الملوك والأفراد المترفين لا عبرة له)^(٤). وعلّل ذلك تبعاً لما جاء في مجامع الحقائق، بأنّ الحكم يراعى في الجنس، لا في الأفراد، فيجوز قصر الصلاة في حقهم، لأن العبرة للغالب الشائع لا النادر^(٥).

ولا داعي لتخطئة الشراح، لأنّ ما ذكره الشيخ الآتاسي يصدق عليه معنى العادة، التي هي الأمر المتكرّر، فالسفر تلازمه المشقة، وهي أمر يتكرّر للمسافر، فالعادة، إذن هي حصول المشقة عند السفر، وكون بعض الأفراد لا يحصل لهم ذلك، لا يقدر في الاعتبار بالعادة، لأنّ هؤلاء يمثلون قلة وندرة بين مجموع الأفراد. ولذلك فإنّ من مثل

(١) قواعد الفقه للبركتي (٩١).

(٢) أصول الكرخي مع تأسيس النظر (١٦٤).

(٣) المصدر السابق.

(٤) شرح المجلة (١/ ٩٨ و ٩٩).

(٥) المصدر السابق.

لذلك بالحكم بموت المفقود لمزور (٩٠) تسعين سنة من عمره، لم يخرج عن المراد من القاعدة، إذ الشائع أنّ الإنسان لا يعيش أكثر من ذلك، إلّا في القليل النادر، وإذن فالموت في سنّ التسعين وما قبلها هو الأمر المتكرّر والشائع، والبلوغ عند سن الخامسة عشرة هو الأمر المتكرّر والشائع، وإن كان البعض يبلغ بعد ذلك، لكنّه قليل بالنسبة إلى من يبلغها في سن الخامسة عشرة أو قبلها^(١)، والنادر لا حكم له^(٢). وهكذا يمكن القول في عشرات الأمثلة.

وقد ترتب على هذه القاعدة كلام كثير للعلماء بشأن النادر، وهل يلحق في حكمه بالغالب أو لا؟ وقد وقع بينهم اختلاف بهذا الشأن، قال المقرّي (ت ٧٥٨هـ)، قاعدة: اختلف المالكية في اعتبار حكم النادر في نفسه، أو إلحاقه بالغالب، وقد ذكر طائفة من المسائل التي وقع فيها خلاف بين العلماء^(٣).

وذكر بعض الباحثين إنّ هذه القاعدة، أي اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، تصلح أن تكون أصلاً عاماً في الشريعة الإسلامية^(٤)، واستشهد بما ذكره القرافي (ت ٦٨٤هـ) في الفروق، من أنّ (الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة كما يقدّم الغالب في طهارة المياه، وعقود المسلمين، ويقصر في السفر ويقطر بناء على غالب الحال، وهو المشقة)^(٥).

وما ذكره راجع إلى ما تقدّم، فما ذكره لا يخرج عن كونه عادة، لأنّه أمر متكرّر، والله أعلم.

(١) درر الحكام (٤٥/١).

(٢) مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام (١٧٥).

(٣) القاعدة (١٩) من قواعد المقرّي (٢٤٣/١ و ٢٤٤)، وانظر المنشور للزركشي (٢٤٣/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٢٠٢)، وإيضاح المسالك للونشريسي (٢٥٦).

(٤) القواعد الفقهية الكبرى وما تفرّع منها للدكتور صالح السدّان (٣٩٩)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد عثمان شبير (٢٦٨).

(٥) الفروق (١٠٤/٤).

الفرع الرابع: القواعد والضوابط المشخصة لشرط المقارنة:

ومن هذه القواعد:

١. العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق، دون المتأخر^(١).

٢. لا عبرة بالعرف الطارئ^(٢).

٣. العادة الغالبة تقيد لفظ المطلق، إذا تعلّق بإنشاء أمر في الحال، دون ما يقع إخباره عن متقدّم فلا يقيده العرف المتأخر^(٣).

وقد ورد ذكر هذه القواعد والضوابط وشرحها في ضمن الكلام عن شروط القاعدة، فأغنى ذكرها هناك، عن شرحها هنا.

الفرع الخامس: القواعد والضوابط المتعلقة بشرط العموم

وقد وردت بهذا الشأن طائفة من القواعد والضوابط، بعضها يقرّر اشتراط معنى العموم ويؤكدّه، وبعضها يعيّن المجال الذي لابدّ فيه من العموم، وربما وردت بعض الضوابط المتضاربة بشأن العرف الخاصّ. فمنها ما يرفض الاعتداد به، ومنها ما يعتدّ به. وهذا التضارب يمثّل وجهات نظر مختلفة بشأن العرف، فمن رأى أن لا عبرة به، ليس هو من رأى الاعتداد به، وحتى من رأى عدم الاعتداد به فإنّما كان يقصد العرف الذي يترك به القياس، ويخصّ به الأثر. وفيما يأتي نذكر طائفة من هذه القواعد والضوابط:

١. العرف العام يثبت به الحكم العام، والعرف الخاصّ يثبت به الحكم الخاصّ^(٤).

٢. الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاصّ، وقيل يثبت^(٥).

٣. العرف الخاصّ لا يترك به القياس في الصحيح^(٦).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠١)، وغمر عيون البصائر (٣١١/١).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، وغمر عيون البصائر في الموضعين السابقين.

(٣) المنشور (٣٥٦/٢).

(٤) نشر العرف (٦، ٢٨)، وغمر عيون البصائر (٣١٥/١).

(٥) المصدران السابقان.

(٦) المصدر السابق (نشر العرف) (٧).

٤. حكم العرف يثبت على أهله عاماً، أو خاصاً^(١).
٥. يعتبر في كل موضع عرف أهل ذلك الموضع فيما يطلقونه عليه من الاسم^(٢).
٦. التعارف الذي تثبت به الأحكام لا يثبت بتعارف أهل بلدة واحدة، عند البعض، وعند البعض، وإن كان، يثبت^(٣).
٧. العرف العام يصلح مخصصاً للأثر، ويترك به القياس^(٤).

المطلب الرابع: القواعد والضوابط المشخصة لجمال عمل العرف والعادة

ومن هذه القواعد:

١. العادة تحكم فيما لا ضبط له شرعاً^(٥).
٢. العادة عند مالك، كالشرط، تقيد المطلق وتخصص العام^(٦).
٣. المذهب عند الحنفية، أن عدم اعتبار العرف الخاص، إنما هو فيما إذا عارض النص الشرعي، فلا يترك به القياس، ولا يخص الأثر^(٧).
٤. حكم العرف يثبت على أهله، عاماً كان أو خاصاً^(٨).
٥. كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف^(٩).
- ٦- يعتبر العرف في المعاملات، ولا يعتبر في التعليق والدعوى والإقرار^(١٠).

(١) المصدر السابق (٢٧).

(٢) المصدر السابق (٢٩)، نقلاً عن شرح السير الكبير للسرخسي.

(٣) نشر العرف (٧) نقلاً عن القبة.

(٤) المصدر السابق (١٧).

(٥) المنشور (٣٥٦/٢).

(٦) قواعد المقرئ نقل د. عبدالله العيسى في رسالته القواعد الفقهية (٦١٠).

(٧) نشر العرف (٣٠).

(٨) المصدر السابق (٢٧).

(٩) الأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٩)، المنشور (٣٥١/٢)، والقواعد النورانية (١٣٣)، وجموع الفتاوى

(٢٣٥/١٩).

(١٠) غمز عيون البصائر (٣١٢/١).

المطلب الخامس: القواعد والضوابط الفقهية المشخصة للعرف في مجال التفسير

وهذه القواعد والضوابط كثيرة، سنذكر فيما يأتي طائفة منها، ثم نكتفي بشرح ثلاث قواعد منها، اعتنى بشرحها العلماء:

١. العادة عند مالك كالشرط، تقيّد المطلق وتخصّص العام^(١).
٢. كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف^(٢).
٣. كل متكلّم له عرف فإنّ لفظه يحمل على عرفه في الشرعيات والمعاملات والإقرار وسائر التصرفات^(٣).
٤. اللفظ المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية^(٤).
٥. الإطلاق يحمل على المعتاد^(٥).
٦. المطلقات عند مالك، تقيّد بالعرف^(٦).
٧. ألفاظ الواقفين تحمل على عرفهم^(٧).
٨. لفظ الواقف والحالف وكل عاقد يحمل على عادته^(٨).
٩. الإقرار يحمل على العرف لا على وفاق العربية^(٩).

(١) قواعد المقرئ - نقله د. عبدالله العيسى في رسالته القواعد الفقهية.
(٢) الأشياء والنظائر للسيوطي (١٠٩)، والمنثور (٣٥١/٢)، والقواعد النورانية (٣٣)، ومجموع الفتاوى (٢٣٥/١٩).

(٣) القاعدة: (١١٧) من قواعد المقرئ.
(٤) المغني (٥٩٧/٤ و ١٣٣/٧ و ١٣٥).
(٥) المغني (٤٨٢/٤)، والكافي (٣٩٥/٤)، وزاد المعاد (٣٣/٤) وفيه: العقود المطلقة تنزل على العرف.
(٦) القاعدة (١٦٠) من قواعد المقرئ.
(٧) نشر العرف (٤٨).

(٨) المصدر السابق (٣٧) نقلاً عن العلامة قاسم.

(٩) المصدر السابق (٣٦) نقلاً عن الجوهرة.

١٠. الكتاب كالخطاب^(١).

١١. الكتاب مَن نأى بمنزلة الخطاب مَن دنا^(٢).

١٢. الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان^(٣).

١٣. إشارة الأخرس المعهودة تقوم مقام نطقه^(٤).

١٤. الأسماء العرفية تقدّم على الحقيقة^(٥).

١٥. الحقيقة تترك بدلالة العادة^(٦).

١٦. الممتنع عادة كالممتنع حقيقة^(٧).

١٧. يخصّ العموم بالعادة، على المنصوص (أي بالفقه الحنبلي)^(٨).

وفيما يأتي نقدّم دراسة موجزة لبعض هذه القواعد.

الفرع الأول: قاعدة: الكتاب كالخطاب

الكتاب مصدر كتب يكب كتباً وكتاباً، أي خطّه. والكتاب ما يكتب به، ويطلق على المكتوب^(٩)، والكتاب في الأصل سمّيت به الصحيفة المكتوب فيها، تسميه، للمفعول باسم المصدر^(١٠) وهذا المعنى هو بعض ما تشمله القاعدة، إذ لا يختص اعتبار الكتابة بما هو في صحيفة كما سنعلم. وأمّا الخطاب فهو الكلام بين متكلم وسماع^(١١)، والقول

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٣٩)، ودرر الحكام (١/٦٦)، وهي نص المادة: (٦٩) من المجلة.

(٢) شرح المجلة للأتاسي (١/١٩٠).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٤٣)، ودرر الحكام (١/٦٢)، والقاعدة هي نص المادة (٧٠) من المجلة.

(٤) المغني (٣/٥٦٦، ٤/٢٣٢)، وبدائع الفوائد (٤/٤٧١).

(٥) المغني (٦/١٥٣)، وقواعد ابن رجب قاعدة (١٢١).

(٦) المادة (٤٠) من مجلة الأحكام العدلية، درر الحكام (١/٤٤)، وشرح المجلة للأتاسي (١/٩٤).

(٧) المادة (٣٨) من مجلة الأحكام العدلية.

(٨) قواعد ابن رجب، القاعدة (١٢٢) (٢٧٦).

(٩) القاموس المحيط، والمصباح المنير.

(١٠) الكليات للكفوي (٧٦٦)، والتوقيف على مهمات التعاريف (٢٨٠).

(١١) القاموس المحيط، والمصباح المنير.

الذي يفهم المخاطب به شيئاً^(١) أو توجيه الكلام إلى الغير للإفهام^(٢)، وفي الكليات هو اللفظ المتواضع عليه المقصود به إفهام من هو متهم لفهمه^(٣)، وهذا المعنى هو المراد في القاعدة.

ومعنى القاعدة أنّ العبارات المكتوبة كالألفاظ المنطوق بها عند المخاطبة، فما يترتب على المكاملة الشفاهية يترتب على المكاملة الكتابية^(٤).

وقد ذكرت هذه القاعدة بالصيغة المذكورة في بعض كتب الفقه، فذكر ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) هذه الصيغة عن كتاب الهداية^(٥)، وهي نصّ المادة (٦٩)، من مجلة الأحكام العدلية. وتعدّ قاعدة معبّرة عن العرف القولي في مجال التفسير. أي أنّ المعتاد بين الناس أن يعتبر كتاباتهم كأقوالهم في الاعتداد بها. قال علي حيدر في شرحه لهذه القاعدة: (والمقصود فيها هو أنّه كما يجوز لاثنتين أن يعقدا بينهما، مشافهة، عقد بيع أو إجارة، أو كفالة، أو حوالة، أو رهن، أو ما إلى ذلك من العقود، يجوز لهما عقد ذلك مكاتبة، أيضاً)^(٦)، وهذا بناء على أنّ المعتاد بينهم أن يجعلوا الكتابة كالنطق بالكلام، وأن يحكموا هذه العادة، عند الاختلاف.

إنّ هذه القاعدة هي بمعنى القاعدة الأمّ (العادة محكمة)، ولكنها في المجال التفسيري، والتعبير عن الإرادة، فالكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين، كلّ منهما يعبر عن إرادة ناطقه، أو كاتبه، وأمّا الكتابة عند الحضور ففي مذاهب العلماء اختلاف في حكمها، والأصحّ، عند الشافعية الانعقاد^(٧)، وفي مذهب الحنفيّة تقام الكتابة مقام

(١) التوقيف على مهمات التعاريف (١٥٦).

(٢) الحدود الأنيفة (٦٨).

(٣) الكليات للكفوي (٤١٩)، والإحكام للأمدى (٩٥/١).

(٤) شرح المجلّة للأتاسي (١٩٠/١).

(٥) الأشباه والنظائر (٣٣٩).

(٦) درر الحكم (٦١/١).

(٧) المصادر السابقة.

النطق، مع تفاصيل لهم في كفيّتها وشروطها في المواضع المختلفة^(١).

ويشترط في الكتابة لكي تكون معتبرة أن تكون مستبينة ومرسومة، ولبيان معنى ذلك نذكر أنهم جعلوا الكتابة على قسمين هما:

١- الكتابة المستبينة: والمقصود من المستبينة هي الواضحة والتميّزة، وهي قسمان:

أ- الكتابة المستبينة المرسومة، أي أن تكون صورة الكتابة والمكتوب عليه ممّا جرت عادة الناس وأعرافهم أن يستعملوها، فأضافوا إلى معنى المرسومة أن تكون معنونة، أي مصدّرة بالعنوان، بأن يكتب في صدرها من فلان إلى فلان، على ما جرت به العادة في إرسال الكتب^(٢) وأن تكون موقعة أو محتومة من قبل المرسل، ومثل هذا النوع من الكتابة يُعدّ كالنطق فيكون حجة^(٣).

ب- الكتابة المستبينة غير المرسومة: هي أن تكون صورة الكتابة على معهود الناس، ولكنّها مكتوبة على غير ما هو متعارف عليه بينهم، كأن يكون مكتوباً على حائط، أو ورق شجر، أو حجر^(٤).

وهذا النوع يكون لغواً ولا صحة فيه إلا إذا انضمّ إلى شيء آخر، كالنيّة والإشهاد عليه، والإملاء على الغير لكتابه^(٥).

٢- الكتابة غير المستبينة: هي الكتابة غير الواضحة، أو التميّزة، ومثّلوا لذلك بالكتابة على الماء أو الهواء بتحريك اليد بحروف الكلمات كما تحرّك بالقلم على صفحات القرطاس^(٦).

(١) درر الحكام (٦٢/١).

(٢) شرح المجلّة للأناسي (١٩٠/١، ١٩١)، ودرر الحكام (٦١/١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (٢٨٥).

(٣) شرح المجلّة للأناسي (١٩٠/١، ١٩١)، ودرر الحكام (٦١/١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (٢٨٥).

(٤) درر الحكام (٦٢/١).

(٥) درر الحكام (٦٢/١).

(٦) المصدر السابق، وشرح المجلّة للأناسي (١٩١/١).

وحكم هذه الكتابة حكم الكلام غير المسموع، لا يترتب على كاتبها حكم حتى لو نواه، فلو أقر كتابة بالهواء، أو على سطح ماء النهر بأنه مدين لفلان بكذا ريال أو دينار، فلا يُعدّ مثل هذا إقراراً، بل يُعدّ كاللغو من الكلام^(١).

وللعلماء تفاصيل كثيرة في جزئيات أحكام الكتابة وشروط الاعتداد بها، سواء كان ذلك في العقود، من بيع وشراء ورهن وإجارة، أو في خطبة النكاح وعقده، وما في ذلك من الشروط، أو في التصرفات التي تكون من جانب واحد كالإقرار، والطلاق والإعتاق والوقف وغيرها^(٢).

ومما ينبغي التنبيه إليه أنّ الكتابة متى غدت حجة، وفي أيّ موضع كان، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم بموجبها^(٣).

ومما ذكر من الاعتداد بالكتابة ما يجده القاضي في السجلات الرسمية من أقضية القضاة السابقين، وكذلك خطوط السماسرة والتجار والصّرافين، وإن لم تكتب معنونة، وكذلك ما يكتبه الناس على أنفسهم، في دفاترهم المحفوظة عندهم، إن كانت بخطهم المعلوم بين التجار وأهل بلدهم، ولو بعد موتهم^(٤).

الفرع الثاني: قاعدة الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان

الإشارة هي الإيماء أو التلويح بشيء يفهم منه ما يفهم من النطق^(٥) والأخرس من ذهب كلامه عياً أو خلقه^(٦)، ومعنى القاعدة أنّ من ذهب كلامه، وانعقد لسانه، وكانت له عادة في التعبير بإشارات معينة، يُعرف منها مراده، فإنّ إشاراته هذه تقوم مقام التعبير والبيان باللسان، أي بالنطق.

(١) المصدر السابق، وشرح المجلّة للأتاسي (١٩١/١).

(٢) انظر في ذلك: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٣٩-٣٤٣)، ودرر الحكام (٦١/١، ٦٢)، وشرح المجلّة للأتاسي (١٩١/١-١٩٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (٢٨٥).

(٣) شرح المجلّة للأتاسي (١٩١/١).

(٤) المصدر السابق (١٩٢/١)، ولعمرة المزيد مما تعلّق بهذه القاعدة (انظر: بحث العمل بالخط والكتابة في الفقه الإسلامي) للدكتور عبدالله بن محمد أحمد الطريقي.

(٥) مختار الصحاح، والمصباح المنير.

(٦) لسان العرب.

وهذه القاعدة كالقاعدة السابقة تُعبّر عن الإبراء، بوسيلة غير وسيلة اللفظ (وتبيّن لنا أنّ إشارات الأخرس المعهودة منه، سواء كانت بعينه، أو برأسه أو حاجبه، أو يده، هي بمنزلة تلفّظه ونطقه)^(١)، (فتعتبر في النكاح والطلاق والعتاق والبيع والشراء والرهن، والهبة، والإبراء، والإقرار، واليمين، والنكول، والوصية، وغير ذلك من الأحكام)^(٢)، قال ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) (الإشارة من الأخرس معتبرة، وقائمة مقام العبارة في كل شيء من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق وإبراء وإقرار وقصاص، إلا في الحدود، ولو حدّ قذف)^(٣) وزاد الحنفية فيما لا تقبل فيه إشارته الشهادة^(٤).

وليس الغرض من ذكر هذه القاعدة استقصاؤها، وإنّما ذكرت لبيان أنّها مظهر من مظاهر تحكيم العادة، وأنّها من مشخصات قاعدة (العادة محكمة) وقد أخذت بهذه القاعدة مجلة الأحكام في مادتها (٧٠)^(٥).

الفرع الثالث: قاعدة الحقيقة ترك بدلالة العادة

هذه القاعدة هي نصّ المادة (٤٠) من مجلة الأحكام العدلية، وقد سبق لنا أن تعرّضنا لمعناها في الكلام عن تعارض العرف واللغة، وبينّا آراء العلماء، في هذا الشأن. وهي ممّا نصّ عليها أصوليو الحنفية، في مبحث تخصيص العام. قال ابن الهمام (ت ٨٦١هـ): (ترك الحقيقة عاماً أو غيره بدلالة العادة)^(٦).

والمراد من الحقيقة في اللغة ذات الشيء اللازمة له، ومن حقّ إذا لزم، وثبت. وفي الاصطلاح هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له، في اصطلاح التخاطب^(٧). وهي أقسام:

(١) درر الحكام (٦٢/١)، وشرح المجلّة للأتاسي (١٩٣/١).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٤٣).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) درر الحكام (٦٢/١)، وشرح المجلّة للأتاسي (١٩٣/١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (٢٨٧).

(٦) التحرير بشرح التقرير والتحرير (٢٨٢/١).

(٧) التلخيص في علوم البلاغة للخطيب القزويني (٩٢)، وبغية الإيضاح للصعدي (٨٤/٣)، وفي منتهى الوصول والفأل لابن الحاجب: هي اللفظ المستعمل في وضع أول في الاصطلاح الذي به التخاطب (١٩).

١. الحقيقة اللغوية: وهي كما ذكرنا، الكلمات المستعملة فيما وضعت له في اصطلاح التخاطب، كالأسد في الحيوان المفترس، والإنسان في الحيوان الناطق.

٢. الحقيقة الشرعية: وهي الألفاظ التي وضعها الشارع، للدلالة على معانٍ خاصّة؛ كالصلاة والزكاة، والصوم والحجّ للعبادات المخصوصة في المصطلح الشرعي، بعد أن كان معنى الصلاة في اللغة الدعاء، ومعنى الزكاة النماء، ومعنى الحج مطلق القصد^(١).

٣. الحقيقة العرفية: وهي الألفاظ التي غلب استعمالها في غير معناها اللغوي، وهي قسمان:

أ. الحقيقة العرفية العامة: وهي الألفاظ التي غلب استعمالها في غير معناها اللغوي، كالدابة، فإنّ العرف خصّصها في ذوات الأربع، بعد أن كان معناها في كلّ ما يدبّ، أو استعمالها في الحمار أو الفرس.

ب. الحقيقة العرفية الخاصّة: وهي الألفاظ المستعملة في الاصطلاحات الخاصّة، سواء كانت من مصطلحات النحاة، كالمرفوع والمنصوب والمجرور، أو الأصوليين كالقياس والعلة والسبب وفساد الاعتبار، أو الفقهاء كالخلع والإقالة والسلم، أو المناطقة كالعكس والتناقض والتضاد والجوهر والعرض. وغيرها^(٢).

ومن المعلوم أنّ الأصل في الكلام الحقيقة، وأنّ المجاز خلف عنه؛ ولهذا فإنّه عند عدم القرينة ينصرف معنى اللفظ إلى معناه الحقيقي، إلّا أنّه قد تتعدّر إرادة المعنى الحقيقي في بعض المواضع، كمن حلف لا يأكل من هذه الشجرة، وكانت مما لا يؤكل عينيها، فإنّ المراد ينصرف إلى ثمرها، إن كان لها ثمر، وإلّا فلثمنها، صوناً لكلام العقلاء عن الإلغاء^(٣).

(١) منتهى الوصول والأمل لابن الحاجب (ص ١٩، ٢٠).

(٢) انظر: طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناطقة والأصوليين للباحث (٨٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٣).

(٣) شرح المجلة لأتاسي (٩٤/١)، ودرر الحكم (٤٤/١).

وقد لا يتعذر المعنى الحقيقي لکنه مهجور عرفاً وعادة، وحينئذ فإنه يعتبر كالتعذر، وهذا هو ما تقتضيه القاعدة التي معنا.

وعلى هذا تكون العادة أو العرف هي القرينة المانعة من إرادة المعنى الحقيقي للفظ. وقد ذكرت ثلاثة أوجه يترك فيها استعمال المعنى الحقيقي، تتردد بين التعذر، وهجرة استعمال اللفظ، وهي:

الوجه الأول: تعذر استعمال اللفظ في معناه الحقيقي، فيصرف إلى المعنى المجازي. كما لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة، وهي مما لا يؤكل عينا، فإن هذا متعذر حساً. الوجه الثاني: هجر استعمال اللفظ في معناه الحقيقي، عادة. كما لو حلف شخص بأن لا يضع قدمه في دار فلان، فإنه يحمل على الدخول، لا على وضع القدم، بحسب الاستعمال العرفي.

الوجه الثالث: هجر استعمال اللفظ في معناه الحقيقي شرعاً، كما لو وكل شخص آخر بالخصومة، فإنه يحمل على المجاورة، والمرافعة في الدعوى^(١)، لا على النزاع والمقاتلة، بحسب الاستعمال الشرعي.

وقد ذكر الفقهاء أن على المفتي، عندما يُستفتى في مسألة، أن لا يفتي حتى يسأل المستفتي، إن كان من بلدة أخرى، عن معنى اللفظ واستعماله في بلده^(٢).

(١) درر الحکام (١/٤٤).

(٢) المصدر السابق.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث العاشر

قاعدة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان

وفيه :

المطلب الأول: أهمية القاعدة ومعناها وأسباب التغير

المطلب الثاني: تطبيق أسباب تغير الأحكام في الوقائع الجزئية

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث العاشر

قاعدة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان

المطلب الأول: في أهمية القاعدة ومعناها وأسباب التغير

تعدّ هذه القاعدة من أهمّ القواعد المبنية على قاعدة (العادة محكمة)، ونظراً لاهتمام كثير من العلماء والباحثين بها، وترديدهم إيّاها، عند الكلام عن مرونة الشريعة، وقابليتها للاستجابة لمطلّبات الحياة، رأينا أن نخصّها بالكلام، للاعتبارات المتقدمة، ولأنّ الكثيرين ممن ركنوا إليها، منحوها من الصلاحيات أكثر مما أريد لها.

إنّ القاعدة المذكورة بصيغتها (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) لم أجدها فيما اطّلت عليه من كتب القواعد. لكنّها جاءت في نصّ المادة (٣٩) من مجلّة الأحكام العدلية، التي أخذتها من خاتمة كتاب مجامع الحقائق لأبي سعيد الخادمي (ت ١١٧٦هـ)^(١) غير أنّ معناها قد تردّد في كلام عدد من العلماء، منهم القرافي (ت ٦٨٤هـ) في كتابه الفروق^(٢) والشاطبي (ت ٧٩٠هـ) في الموافقات^(٣)، وعزّ الدين بن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ) في قواعد الأحكام^(٤)، وابن القيم (ت ٧٥١هـ) في إعلام الموقعين^(٥)، وابن كمال باشا (ت ٩٤٠هـ)، في رسالة له بهذا الشأن^(٦).

وقد خُصّت هذه القاعدة بدراسات مفردة، بعضها كان رسائل جامعيّة، وبعضها رسائل صغيرة وبعضها أبحاث منشورة في المجلات، عدا الدراسات الواردة تبعاً في كتب

(١) مجامع الحقائق (٦٥)، وانظر الوجيز في إيضاح القواعد الكلية (٢٥٣).

(٢) (١٧٦/١ و ١٧٧).

(٣) (٢٨٤/٢) وما بعدها.

(٤) (١٠٧/٢) وما بعدها.

(٥) (١/٣) وما بعدها.

(٦) ذكر د. إسماعيل كوكسال في رسالته (تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية) أنّ لابن كمال باشا (ت ٩٤٠هـ) رسالة في الاختلاف الذي ينشأ عن اختلاف العصر. لكنّه لم يعثر على أوراق الرسالة في مكانها. (انظر ١٣)، وقد ذكر أنها في المكتبة السليمانية لا له لي (٣٦٤٥) مخطوط.

فمن الرسائل الجامعية التي تناولت هذه القاعدة:

١. رسالة (تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية) وهي رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، منحت من قبل المعهد الأعلى لأصول الفقه في جامعة الزيتونة في تونس للدكتور إسماعيل كوكسال عام (١٤١٧/١٤١٨ هـ).

٢. رسالة (الفقه والقضاء وأولو الأمر ودورهم التطبيقي لقاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان) وهي رسالة ماجستير لمحمد راشد علي، قدمت لكلية الشريعة والقانون في جامعة الأزهر^(١).

٣. رسالة (تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية) للدكتور محمد أردوغان، وهي رسالة باللغة التركية منحت من جامعة مارمر في اسطنبول وقد ذكرها د. كوكسال في مقدمة رسالته.

وهذا عدا بعض الرسائل الصغيرة بشأن تغير الاجتهاد، أو تغير الفتوى^(٢). وما تناول هذه القاعدة، بطريق العرض والتبعية، وشروحات المجلة المتعددة، وبعض الكتب المؤلفة في القواعد الفقهية^(٣).

وقد لقيت القاعدة بالصيغة المذكورة معارضة من كثير من الباحثين، فمنهم من رأى تقييدها بالأحكام الاجتهادية، أو الأحكام المبنية على العرف والمصلحة^(٤)، ومنهم من رفضها جملة وتفصيلاً، ورفض طائفة مما ذكر من الأمثلة، وناقشها، مخرجاً إياها من مصطلح تغير الأحكام^(٥) ومن أجل توضيح المسألة، وبيان المراد من القاعدة، نذكر فيما

(١) ذكرها د. عابد السفيني في رسالته (الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية) (٤١٩) هامش (١).

(٢) منها رسالة صغيرة باسم (تغير الاجتهاد)، للدكتور وهبة الزحيلي، ورسالة أخرى باسم (تغير الفتوى) لمحمد بن عمر بن سالم بازمول.

(٣) منها كتاب (القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها) للدكتور صالح بن غانم السدلان (٤٢٦) وما بعدها، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد عثمان شبير (٢٥٩) وما بعدها.

(٤) انظر: المدخل الفقهي (٩٢٤/٢)، والوجيز في إيضاح القواعد الكلية (٢٥٤).

(٥) الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية للدكتور عابد السفيني (٤٤٨) وما بعدها.

يأتي ما تفيده صيغة القاعدة، ببيان معاني مفرداتها.

فلا ينكر: أي لا يجهل، يقال نكر فلان الأمر وأنكره واستنكره وتناكره، إذا جهله^(١). وهذا هو أقرب معاني مادة (ن ك ر) الكثيرة إلى المراد منه في القاعدة، والتغير، في اللغة، هو التحول، وغيره جعله غير ما كان، وحولّه وبدّله^(٢).

والتغير في الأحكام الشرعية يقتضي انتقالها من الشرعية إلى عدمها، أو على العكس من ذلك، بأن يجاز ما كان ممنوعاً، ويمنع ما كان جائزاً، أو أن يقيد بوجه من الوجوه.

والأحكام مراد بها الأحكام الشرعية، وهي ما ثبتت بخطاب الشارع^(٣)، أو أنها الخطاب نفسه، على رأي جمهور الأصوليين^(٤).

وعلى هذا يكون معنى القاعدة أنه لا يجهل ولا يستنكر تبدل الأحكام الشرعية بتبدل الزمان وتغيره.

ونظراً لأن الزمان هو وعاء لما فيه، فإن تبدله وتغيره من حيث هو، لا أهمية له، ولا تأثير، إلا بما رتبّه عليه الشارع. وعلى هذا فإن القاعدة لا يمكن حملها على ظاهرها، وإلا أدى الأمر إلى نسخ الشريعة وإلغائها، ولهذا فإن عدداً من الباحثين اتجهوا إلى بيان المراد من الزمان، والمراد من الأحكام، وما يغيرها. أمّا الزمان فهو ظرف مستوعب كل معطيات الحياة الاجتماعية، سواء كانت من العادات أو الأعراف، في جميع مجالات الحياة الدنيوية، مما تتحقق به المصالح، وتندفع به المفاسد، فإسناد التغير إلى الزمان فيه نوع من التجوّز، بإطلاق المحل وإرادة الحال، إذ المراد التغيرات الحاصلة في المجتمع، وفي حياة الناس، من جميع الوجوه، في فترة زمنية.

وعبر بعضهم عن التغير بالفساد. وكثر ترديد هذه اللفظة من قبلهم^(٥). وباستقراء ما

(١) القاموس المحيط، ولسان العرب.

(٢) المصدران السابقان.

(٣) انظر كتابنا: أصول الفقه الحد والموضوع والغاية (٧٥).

(٤) المصدر السابق.

(٥) القواعد الفقهية الكبرى وما تفرّع عنها (٤٣٥)، ونظرية العرف (٨٣).

ذكره الباحثون من أسباب تغير الزمان، نجد أنهم ذكروا الأسباب الآتية:

١. فساد الأخلاق وعموم البلوى.

٢. تطوّر الزمان، وتجدد أفكار الناس.

٣. وجود الظروف التي تستدعي تغير الحكم^(١).

وحصر بعضهم العوامل التي ينشأ عنها تغير الأحكام في نوعين:

النوع الأول: فساد الزمان وانحراف أهله عن الجادة، حيث ينشأ عن ذلك تبدل وتشدد في كثير من الأحكام.

والنوع الثاني: تغير العادات وتبدل الأعراف، وتغير المصلحة وتطور الزمن^(٢)، وأضاف بعض الباحثين إلى النوعين السابقين ما يأتي:

١. حدوث معطيات علمية تستدعي تغير الحكم الذي بُني على معطيات علمية قديمة.

٢. تطوّر الأوضاع التنظيمية، والترتيبات الإدارية، والوسائل والأساليب الاقتصادية، وغيرها، مما يستدعي تغير الأحكام المبنية على تلك الأساليب والأوضاع.

٣. حدوث ضرورات وحاجات عامة، تتطلبها الحياة المعاصرة، مما يستدعي تغيير بعض الأحكام القديمة^(٣).

وعند تأمل هذه العوامل والأسباب، نجد أنّ بينها تداخلاً، أو تكراراً في المعنى، أو أنّ بعضها نتائج وثمرات لبعضها الآخر. ولعلّ هذا هو السبب الذي جعل الشيخ مصطفى الزرقا -رحمه الله- يحصر هذه العوامل والأسباب بنوعين هما:

النوع الأول: تغير الزمان الموجب لتبدل الأحكام الفقهية الاجتهادية الناشئ عن فساد

(١) نظرية المرف (٨٣)، والقواعد الفقهية وما تفرّع عنها (٤٣٥).

(٢) الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية (٢٥٤).

(٣) القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية (٢٦٤، ٢٦٥).

الأخلاق، وفقدان الورع، وضعف الوازع، مما يسمّونه فساد الزمان.

النوع الثاني: التطوّر الناشئ عن حدوث الأوضاع التنظيميّة، والوسائل الزمنية الجديدة، التي أصبحت الأحكام الاجتماعية المقرّرة، من قبل، لا تتلاءم مع هذه الأوضاع الجديدة^(١).

وهذا الحصر تدخل فيه جميع الأسباب والعوامل المتقدّمة، لأنّها لا تخرج عن هذين النوعين.

وقبل أن نوضّح هذه الأسباب ننّه إلى بعض الأمور التي يحسن العودة إليها ومنها:

١- النظر فيما ذكرناه بشأن العادات والأعراف من حيث مصدرها المنشئ لها، فما كان مصدرها الشارع، بأن كانت أحكاماً شرعية كالطهارة، وإزالة النجاسة، وستر العورة، وحجاب المرأة والأكل باليمين، وعدم الأكل بأنية الذهب أو الفضّة، فهذه لا مجال لتبديلها وتغييرها فيما لو اعتاد الناس ما يخالفها، بأن اعتادوا كشف العورات، وإلغاء الحجاب، والأكل بالشمال تقليداً للمجتمعات الأوربيّة. فهي أحكام شرعية ثابتة، وإن كانت من العادات.

وأما ما لم يكن مصدرها الشرع فهي بحسب ما ذكرناه، أي ما كان منها ثابتاً لا يتغيّر فإنّ الحكم يبنى عليه، وما كان متغيّراً ومتبدلاً فإنّ الحكم يتبعه ويتغيّر معه.

٢- النظر - أيضاً فيما ذكرناه بشأن تعارض العادات والأعراف الطارئة، مع النصوص الشرعية، وآث لا يجوز الأخذ بما يعارض النصّ، بإيقاف العمل به، أو تخصيصه، أو تقييده، وآث لا يجوز العمل بالأعراف والعادات إلا في حالتين:

أ. أن يكون النصّ الشرعي نفسه معلّلاً بالعرف، أي أنه مبنيّ على العرف لأنه عرف.

ب. أن يكون النصّ الشرعي معلّلاً بعلة ينفيها العرف الحادث، سواء كانت هذه العلة منصوصة، أو مستنبطة بطريق الاجتهاد.

(١) المدخل الفقهي (٢/ ٩٢٥ و ٩٢٦)، الفقرة (٥٤١).

٣- إنه ينبني على ما ذكرناه أن تغير الأحكام بتغير الزمان، يدخل مجالين:

المجال الأول: في العادات والأعراف التي ليست أحكاماً شرعية، ولا منطاً لحكم شرعي، فنعمل بما تقتضيه، وتتغير الأحكام المبنية عليها بتغيرها، ما لم تخالف الأدلة الشرعية. من نص أو إجماع. وأغلب ما ذكره الباحثون من أسباب تغير الأحكام، يدخل في هذا النطاق، الذي هو في الحقيقة من المصالح المرسله، أو من الضروريات والحاجيات التي نحفظ بها المقاصد الشرعية، سواء كانت متعلقة بالمحافظة على الدين، أو النفس، أو العقل، أو النسب، أو المال.

المجال الثاني: في العادات والأعراف التي هي منطاً للأحكام الشرعية، لكنها مما يتغير بحسب الأعراف والعادات والمصالح والأسباب الأخرى. وسنعمل في المطلب التالي لهذا، على توضيح ذلك، بذكر طائفة من تطبيقاته، في كلام العلماء.

المطلب الثاني: في تطبيق أسباب تغير الأحكام في الوقائع الجزئية

ذكرنا في المطلب السابع مجالين لتطبيق القاعدة المذكورة، وفي هذا المطلب نذكر طائفة من التطبيقات في هذين المجالين، في الفرعين الآتين:

الفرع الأول: العادات والأعراف التي ليست أحكاماً شرعية، ولا منطاً لها

وقد بينا حكمها فيما سبق، وذكرنا لها أمثلة عديدة، وهذا النوع يشمل أكثر الأسباب التي ذكرها الباحثون. ونحدد من ذلك سببين رئيسين هما:

أولاً: تطوّر الأوضاع التنظيمية والترتيبات الإدارية والإنسانية والتطوّر العلمي والاقتصادي وما أفرزه من معطيات أثرت على المجتمعات المعاصرة، وسرّعت الاتصالات، وقاربت بين المجتمعات العالمية، مما جعل بعضها يؤثر في بعضها الآخر، في بعض عاداته، وسلوكه، وتنظيماته الإدارية والاقتصادية والدستورية وغيرها، مما اقتضى تبديلاً وتغييراً في مجالات مختلفة تشمل النظام الإداري، وتنظيم المؤسسات المختلفة العامة والأهلية، بإصدار اللوائح والأنظمة التي

تحكمها، سواء كانت من المحاكم، أو الوزارات، أو الجامعات، أو المدارس، أو الشرطة، ويدخل في ذلك كل الأنظمة التي تحكم هذه الأمور وغيرها. فيدخل فيها النظام التجاري، ونظام المرور، والأحوال المدنية، والجوازات، وتنظيم المحاكم والمدارس، وأنظمة المؤسسات الأخرى، كالماء والكهرباء والهاتف، وتنظيم مزاولة الأعمال الحرة، باشتراط السجلات التجارية، ورخص البلديات، وإلزام بائعي المواد الغذائية بتقديم الشهادات الصحية، ومنع البناء من دون الحصول على ترخيص من البلديات، وأنظمة تعيين الموظفين التي تحكمها أنظمة الخدمة المدنية، أو الأنظمة الخاصة ببعض الجهات كالقضاء والجامعات والجيش وبعض المؤسسات. ومن ذلك أنظمة العمل وتنظيم العلاقة بين العامل ورب العمل، وتسجيل العقود، وإنشاء دوائر كتابة العدل للتصديق على الوثائق والوكالات، وإنشاء دوائر السجل العقاري التي يتم بها تسجيل المبيعات، وإثبات ملكية الأشخاص للعقارات، وتحديد المساحات وحدود ما يملكون، ومن ذلك تحديد أنواع التعزير على أنواع المخالفات، كاصدار شيك من دون رصيد، أو تزوير الوثائق، أو بيع الأطعمة الفاسدة، أو انتحال شخصيات أخرى، ومن ذلك الاشتراط على المطاعم بأن يكون ذبح المواشي التي تطبخ وتطعم للناس، في المسالخ الرسمية، وتحت الإشراف الطبي.

فكل هذه الأمور وما شابهها من عشرات، بل مئات الأمثلة، يمكن أن تدخل في هذا النطاق، ولكن ينبغي أن لا يكون في تفاصيل هذه الأنظمة ما يتعارض مع أحكام الشارع، إلا ما كان في مجال تقديم مصلحة أكبر وأعظم من المصلحة المتروكة، أو في مجال الضرورات أو الحاجات المنزلة منزلتها.

وقد كان من ذلك ما فعله المسلمون خلال العصور، وما أحدثوه من الإجراءات الإدارية وغيرها، كإنشاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه الدواوين، وترتيبها، وتنظيمها،

بحيث تشمل مصالح الدولة، واتخاذ السجن، وتأريخه بالهجرة وغيرها^(١).

ثانياً: فساد الزمان

وقد ردّوا إليه طائفة كثيرة من الأحكام ويتأمل هذا السبب يتضح أنه من باب تحقيق المناط، وجوداً، أو انتفاء. ولهذا فإنّ الكثير من الأمثلة مما يتكرّر في المجالين الذين تتغيّر بهما الأحكام. وفيما يأتي أمثلة مما بنوه على ما قالوه من فساد الزمان.

١. تضمين الصنّاع أو الأجير المشترك:

كان الناس في زمن الوحي يعطون الصنّاع ما يريدون منهم أن يصنعوه لهم. وكانت الأمانة شائعة فيهم. فإذا ما أخبرهم الصانع بهلاك أو تلف المصنوع صدّقوه، ولم يكن ثمة نزاع يقتضي تشريع التضمن.

ولكن لما تبدّلت هذه الحالة، ودخل في النفوس الطمع في أموال الناس، وخيانة الأمانة، طمعاً في الأموال، كثرت المشاكل والنزاعات بين الصنّاع والمستصنعين. وحسباً لهذا الموضوع رأى الصحابة رضي الله عنهم تضمين الصنّاع، حفظاً لمصالح الناس، وقد نقل عن عليّ عليه السلام أنه قال: لا يصلح الناس إلاّ ذاك^(٢) وقد نقل عنه أنّه كان يضمن الخياط والصّبّاغ وغيرهم ما تلف عندهم.

وإذن فالحكم تغيّر لتغيّر سلوك الناس وتصرفاتهم المعبر عنها بفساد الزمان، والمناط الذي على أساسه لم يضمن الصنّاع لم يتحقّق في الحالة الثانية^(٣).

٢. قول علماء الحنفية بتضمن الساعي بالفساد، مع مخالفته لقاعدة (إنّ الضمان على المباشر، دون المتسبّب) وقد أفتوا بذلك لتغيّر أحوال الناس، حين كثر السعاة المفسدون^(٤).

٣. إغلاق أبواب المساجد في غير وقت الصلاة، في زمننا، مع أنّها أمكنة معدّة

(١) تحليل الأحكام (٥٩)، والإجماع بين النظرية والتطبيق (١٨٧)، ونظرية المصلحة (١٢٧).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) شرح المجلّة للأناسي (٩٢/١)، والإجماع بين النظرية والتطبيق (١٨٧)، والأعراف البشرية للدكتور

عمر بن سليمان الأشقر (٩٥).

للصلاة، والعبادة، فينبغي فتحها في جميع الأوقات، كما كانت في عهد السلف، لكنهم أفتوا بإغلاقها، صيانة لهما من العبث والسرقة^(١).

٤. فتوى المتأخرين من علماء الحنفية بضمان منافع المغصوب من مال الوقف واليتيم، وما في حكمهما، كالصغير والمعتوه والمجنون، لما شاهدوه من أطماع الناس في هذه الأموال، زجراً لهم^(٢).

٥. أفتوى بجواز الاستئجار على تعليم القرآن، والإمامة، والأذان، وغيرها من الواجبات الشرعية، وذلك لانقطاع العطايا، وعدم وجود المتبرعين الذين يقومون بهذه الأعمال. ولما يلزم من عدم الاستئجار من ضياع هذه الواجبات، والتفريط فيها، ولأن عملهم من دون أجر، يترتب عليه قطع موارد العيش عنهم، وضياعهم وضياع عيالهم^(٣).

٦. فتوى الإمام أبي حنيفة (ت ١٥٠ هـ) بعدم لزوم تركية الشهود في دعوى المال ما لم يطعن الخصم فيهم. ثم رأى أصحابه لزوم تركية الشهود لتغير حال أهل الزمن فالناس في عهد أبي حنيفة يغلب فيهم الصلاح، أما في زمانهما فقد تغيرت الحال، فأفتوا بلزوم التركية^(٤) هكذا عللوا، مع أن المدة قليلة وليست بكافية ليحصل فيها مثل هذا التغير.

٧. فتوى المتأخرين بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي في الحوادث، مع أنه كان يفضي بعلمه الشخصي، ولما كان سبب عدولهم ما ذكره من فساد الأخلاق، وأخذ الرشا، فالواجب استناد القضاء إلى وسائل الإثبات المعتبرة، ولو علم القاضي المسألة^(٥).

(١) شرح المجلة للأناسي (٩٢/١)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها (٤٣٦).

(٢) درر الحكام (٤٣/١)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها في الموضع السابق.

(٣) نشر العرف (١٩).

(٤) درر الحكام (٤٣/١).

(٥) العرف والعمل في المذهب المالكي (١٤٧).

٨. امتناع عمر بن عبدالعزيز (ت ١٠١هـ) رحمه الله من قبول الهدية، مع أن الهدية كانت تقبل من قبل النبي ﷺ ومن قبل أبي بكر (ت ١٣هـ) وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما وعُِّلَّ امتناعه من قبولها لكونه يعدّها رشوة بعد فساد الأخلاق^(١).

٩. ما ورد عن ابن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦هـ) أنّه حينما سقط حائط داره اتّخذ كلباً للحراسة، فسئل عن ذلك، مع أن مالكا ﷺ نهى عن اتخاذ الكلاب في غير المواضع الثلاثة، وهي حفظ الماشية، أو الزرع في الصحراء، أو للصيد الضروري. فقال: لو أدرك مالك زمنا لاتّخذ أسداً ضارياً^(٢).

والأمثلة على ذلك كثيرة. وأغلب ما ذكر في باب اختلاف المناط وتحقيقه في مجال عمل القاعدة ممّا يمكن أن يدخل في هذا المجال، أيضاً، ولهذا فإنّ ذكر فساد الزمان، منفصلاً عن تحقيق المناط فيه نظر، ويحتاج إلى تأمل.

الفرع الثاني: الأحكام ذات المناط المتغير

إنّ الذي يؤخذ من كلام شراح مجلة الأحكام العدلية أنّ المراد من القاعدة هو أنّ بعض الأحكام الشرعية (قد يكون مبنياً على عرف الناس وعاداتهم، فإذا اختلفت العادة عن زمان قبله، تتغيّر كيفية العمل بمقتضى الحكم، وأمّا أصله فلا يتغيّر)^(٣).

وقد مثّلوا لذلك بخيار الرؤية، الثابت بالأدلة الشرعية، كما سبق بيان ذلك، في كلامنا عن مجال قاعدة (العادة محكمة)، غير أنّ كيفية العمل بمقتضى ذلك، أو بتعبير آخر ما يمكن أن يُعدّ رؤية، أو لا يُعدّ، هو الذي يتغيّر، والمثال المتردّد لديهم ما ذكره الأتاسي (ت ١٣٢٦هـ) بقوله: (فالفقهاء المتقدمون كان في عصرهم اعتبار الناس بناء الدور على نسق واحد، لا تفاوت بين بيوتها، فقالوا: إنّ رؤية بيت واحد من الدار،

(١) تغيّر الأحكام في الشريعة الإسلامية (١١٠).

(٢) العرف والعمل في المذهب المالكي (١٤٧) نقلاً عن حاشية المهدي الوزاني، والمصدر السابق.

(٣) شرح المجلّة للأتاسي (٩١/١)، وانظر درر الحكم (٤٣/١)، وشرح المجلّة لسليم رستم باز (٣٦) وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا (١٧٣).

ينبغي عن رؤية الجميع، في إسقاط الخيار، وأخيراً لما اختلف طرز الإنشاءات، وكانت الدار تختلف بعض بيوتها عن بعض، بحسب عاداتهم، أفتى المتأخرون بأنه لا بدّ من رؤية جميعها، فهذا ليس اختلاف حجة وبرهان، بل اختلاف عصر وزمان^(١).

ومثل ذلك أمور كثيرة سبق لنا ذكرها في مجال عمل القاعدة، وهي في الحقيقة، تدخل في مجال تحقيق المناط، ومثل الرؤية العيب، والتقوّم في المال، والعدالة والمرؤة، فإذا اختلفت مقاييسها اختلفت الأحكام المترتبة عليها، أي أنّ الأحكام ستبنى على المقاييس الجديدة، لا المقاييس القديمة، والحكم ثابت لم يتغير، والتغير يرجع إلى تحقيق المناط نفسه، أفهو موجود أولاً؟ وهو يختلف باختلاف الزمان، ولهذا ذكرنا سابقاً أنّ فساد الزمان، لدى التأمل، ليس معزولاً عن النظر في تحقيق المناط.

وتما يوضح هذه المسألة، أكثر ما ذكرناه بشأن تعارض العرف والعادة مع النصّ. والأمثلة الأربعة التي ذكرناها هناك. وسنكتفي هنا، زيادة إيضاح، بذكر أربعة أمثلة أخرى، ويقاس عليها الشيء الكثير.

أولاً: تسعير السلع:

إنّ الثابت عن رسول الله ﷺ هو النهي عن التسعير (فعن أنس، قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله لو سعّرت؟ فقال: إنّ الله هو القابض الباسط الرازق المسعّر، إني لأرجو أن ألقى الله عزّ وجل ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال)^(٢) فهذا النصّ دليل على عدم جواز التسعير، وإلى ذلك ذهب عدد غفير من العلماء، في جميع أنواع السلع، وسواء كان ذلك عند الغلاء أو الرخص، للحديث، ولأدلة أخرى ذكروها^(٣). لكن ورد عن الإمام مالك جواز التسعير، عند الحاجة، وبنى بعض الباحثين ذلك على تقديمه للمصلحة على مقتضى الأدلة.

(١) شرح المجلة للأناسي (٩٤).

(٢) رواه الخمسة إلا النسائي، وصحّحه الترمذي (نيل الأوطار ٢١٩/٥).

(٣) انظر: نيل الأوطار (٢٢٠/٥).

والذي يبدو أن الإمام مالكا ومن جُوز التسعير من الفقهاء نظروا إلى أن مناط امتناع الرسول ﷺ عن التسعير، ليس لكونه تسعيراً، وإنما لما فيه من ظلم للتجار، أي أن الارتفاع لم يكن للتجاريّة فيه، وإنما هو لأسباب أخرى يحكمها قانون العرض والطلب. وفي هذه الحالة لا يجوز التسعير، لأنه ربما كان شراؤهم للسلعة بأثمان مرتفعة أيضاً، فهم يبيعون بسعر لا ظلم ولا جشع فيه، فإذا كان هذا هو مناط المنع من التسعير، فإنّ على الفقيه أن يفتي بالمنع من التسعير، عند عدم الحاجة، وعند توفر السلع في الأسواق، وعند بيعها بسعر المثل، دون ظلم أو جشع. أمّا إذا لجأ التجار إلى الحيل والاحتكار، وإخفاء السلع لغرض رفع الأسعار، وكسب الربح الخبيث، مستغلّين حاجة الناس إلى الطعام، فإنّه يُفتى بجواز التسعير، لأنّ مناط النهي عن التسعير غير متحقّق في هذه الحالة، ولا يقال إنّه منهى عنه للحديث، لأنّه إن لم يوجد مناط النهي فلا يصدق وجود النهي نفسه^(١).

ثانياً: تلقّي الركبّان:

ورد عن النبي ﷺ النهي عن تلقّي الركبان، أو الجلب ومّا ورد عنه:

ما عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: نهى النبي ﷺ أن يُتلقّى الجلب. فإن تلقاه إنسان، فابتاعه، فصاحب السلعة فيها بالخيار، إذا ورد السوق^(٢). وما عن ابن مسعود قال: نهى النبي ﷺ عن تلقّي البيوع^(٣). وهذان الحديثان وغيرهما مما في معناهما. ظاهرة في المنع من تلقّي الركبان، وهو ما اتفق عليه جمهور العلماء، وإن كانوا قد اختلفوا في المراد من هذا النهي أهو التحريم أو الكراهة. وفي فساد البيع أو عدم فساده إختلاف بين العلماء أيضاً، بناءً على إختلافهم في أنّ النهي هل يقتضي الفساد أو لا^(٤).

وقد اختلف العلماء في مناط المنع، فذهب بعضهم إلى أنّ النهي قد قصد به مصلحة

(١) نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي للدكتور حسين حامد حسان (١٧٧ و ١٧٨).

(٢) حديث متفق عليه انظر: نيل الأوطار (١٦٦/٥).

(٣) رواه الجماعة إلا البخاري: المصدر السابق.

(٤) نيل الأوطار (١٦٦/٥ و ١٦٧).

أهل السوق عامة، بتوفير السلع لهم. وعلى هذا لا يتحقق هذا المناط إذا كثرت السلع، واعتدلت الأسعار، فلا ينكر أن يختلف الحكم بين الحالتين، حالة كثرة السلع، وحالة قلتها، المعبر عنها باختلاف الزمان، أي زمن التوفر، وزمن القلة، والحالتان في الحقيقة، ليستا شيئاً واحداً ليقال بتغير حكم النص، فالنص باقٍ وحكمه باقٍ أيضاً.

وإذا أخذنا بوجهة نظر أخرى في التعليل فلا يختلف الأمر، إن تحقق المناط منع، وإن انتفى لم يمنع^(١).

ثالثاً: سهم المؤلفة قلوبهم:

يُعَدُّ المؤلفة قلوبهم من الأصناف الثمانية المستحقة للزكاة. قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغُرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة: ٦٠]. وقد كان النبي ﷺ يعطيهم من الصدقات، وكذلك في فترة من حكم أبي بكر رضي الله عنه (ت ١٣هـ). وكان من هؤلاء الذين يعطون هذا النصيب الأقرع ابن حابس، وعيينة بن حصن. غير أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (ت ٢٣هـ) امتنع من إعطائهم هذا النصيب، وليس ذلك منه تركاً للنص ولكنه رأى أن هذا السهم كان يعطى حينما كان أهل الإسلام قلة وفي حالة ضعف، وكان الكفار كثيرين^(٢)، ففي المسلمين حاجة إلى تأليف قلوبهم وإبعادهم عن نصرة الكافرين. غير أن هذه الحاجة انتفت فيما بعد، ولهذا لم يعطهم عمر رضي الله عنه لأن مناط هذا الاعطاء لم يتحقق.

رابعاً: كتابة الحديث الشريف وجمعه:

ومن هذا القبيل كتابة الحديث وجمعه، فالمشهور نهي النبي ﷺ عن كتابة الحديث،

(١) نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي (١٧٨، ١٧٩).

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٣٢٥/٤)، وفيه تفاصيل ما جرى بهذا الشأن (٣٢٤/٢-٣٢٦).

كما ورد عنه ﷺ. ما يفيد جواز كتابته، ولكل حالة مناطها. والمشهور أن نهي النبي ﷺ كان بسبب الخوف من خلط الحديث بالقرآن، ولكن بعد زوال هذا السبب وكتابة القرآن في المصاحف، واستقرار ذلك، أمر الخليفة الأموي عمر بن عبدالعزيز (ت ١٠١هـ) بكتابة الحديث وجمعه، لزوال الأسباب المانعة من ذلك^(١) أي إن مناط المنع من الكتابة غير متحقق. فاختلف الحكم.

(١) أصول الحديث، علومه ومصطلحه للدكتور محمد عجاج الخطيب (١٥٠) وما بعدها.

الخاتمة

تبيّن لنا، من خلال ما تقدّم من دراسة عن قاعدة (العادة محكمة)، الأهمية الكبيرة لها في مجالات القضاء، والإفتاء، وتخرج الأحكام، وتطبيق النصوص على جزئياتها، وأنها طريق صالحة لحلّ طائفة من المشكلات، وحسم ما يقع في بعضها من الخلاف والنزاع.

واتضح لنا المجال الذي يتمّ إعمالها فيه، وأنها وإن لم تكن - في أكثر أحوالها - دليلاً مستقلاً، لكنّها تصلح كذلك في المجالات التي لم تتناولها الأحكام الشرعية، لا بالاعتبار ولا بالإلغاء، في حدود المبادئ والمقاصد الشرعية، وما تضمنته نصوصها، وما اتّفق عليه علماء المسلمين، وحتى في حالة عدم استقلاليتها في إثبات الأحكام فإنّها كاشفة في كثير من أحوالها عن مناهات الأحكام ومرادات المتكلمين من ألفاظهم التي تبنى عليها الأحكام، فهي كالقياس الذي يُعدّ عند الأصوليين مُظهرًا لا مستقلاً بالإثبات، لأنّ الحكم المبني عليه مستند إلى النصّ الشرعي الذي كشف القياس عن علته، وعن وجودها في الفرع الذي يُعدّى إليه الحكم.

ومهما يكن من أمر فإننا ننبّه في هذه الخاتمة إلى ما يأتي:

١. يعتمد النظر الفقهي في العادات والأعراف تكرار العمل، بقطع النظر عن كونه إرادياً، كما هي وجهة نظر علماء النفس، وسواء كان هذا التكرار متأثراً من الظواهر والسنن الإلهية الطبيعية كحرارة الجو وبرودته المؤثرتين في إسراع البلوغ أو إبطائه أو كان بخلاف الطبيعة والمعهود، كمن فتح له مخرج يصرف فضلات الجسم من بول أو غائط، فإنّه ما دام متكرراً، يُعدّ من العادات التي تبنى عليها الأحكام، وكذلك ما كان ناتجاً عن مرض كارتخاء عضلات المثانة المترتب عليه سلس البول، أو عضلات المخرج المترتب عليه انفلات الريح أو خروج النجاسات، أو كان نتيجة نزيف دموي كالاستحاضة في المرأة، أو الجرح الذي لا يرفأ، أو رعايف الأنف المتكرّر، فإنّ جميع هذه الأمور، وما هو على شاكلتها، عادات تبنى عليها الأحكام، وإن لم يكن علماء النفس يعدّونها كذلك.

٢. إنَّ العادات إن كانت كاشفة عن مناهل الحكم، أو كانت هي نفسها مناهل للحكم فإنها محكمة ومعمول بها، إن تحققت فيها أركانها وشروطها وشروط تطبيقها التي بينها في هذا البحث.

٣. إنَّ وجود العادة أو العرف الذي يحسم الخلاف في المسألة يحتاج إلى إثبات، ومن الممكن الاعتماد على آراء الخبراء في ذلك، سواء كان ذلك في الأعراف الخاصة، كأعراف التجار، أو المزارعين، أو الصناعيين، أو أصحاب المكاتب العقارية، أو في الأعراف العامة كعقود الإيجار وما يلزم المؤجر والمستأجر، وكيفية دفع الإيجار، ومن يلزمه دفع قوائم (فواتير) الماء والكهرباء، وتقدير النفقات للزوجة والأقارب، وتحديد أثاث البيت وأمتعته عند الاختلاف بين الزوج والزوجة في عائدة بعضها، وبيان صلاحية بيت الزوجية لسكنائها، عند النشوز، وما يدخل في المبيع وما لا يدخل، عند عدم التنصيص عليه في العقد.

٤. ما لم يكن من العادات أو الأعراف حكماً شرعياً، ولا مناهل له، فإنه يجوز العمل به ما لم يكن معارضاً لقواعد الشرع أو نصوصه، أو مقاصده، أو ما وقع عليه إجماع العلماء. ويدخل في ذلك كل ما استدعته متغيرات الحياة الاجتماعية والاقتصادية والعلمية والأمنية والدولية وغيرها. فكل التنظيمات الإدارية التي تسهل معاملات الناس، وتحفظ حقوقهم، يجوز إحداثها، ويدخل في ذلك ما هو من متعلقات القوانين الدستورية والإدارية والقوانين الدولية الخاصة والعامة التي تتحقق بها مصلحة الدولة ومصلحة مواطنيها، في حدود ما أباحه الشرع، ولم يمس ما هو من ضرورياته، وما نص عليه. فتدخل في ذلك تنظيمات الدولة من وزارات وإمارات ومديريات ومؤسسات عامة، بحيث تشمل كل دقائق وتفصيل المعاملات والإجراءات، وما يجوز وما لا يجوز. ولا شك أنَّ كثيراً من التنظيمات مشتقة أساساً من الأعراف والعادات، وللدولة أن تتدخل في تعديل أو إهمال ما يضر بالصالح العام. وإنَّ هذه التنظيمات إذا جرى بها العمل صارت أعرافاً وعادات، بعد تكرار

العمل بها والتزامها. وقد ذكرنا أمثله عديدة لذلك خلال البحث.

٥. لا يلزم من استيفاء العادات أو الأعراف أركانها وشروط تكوينها، العمل بها، بل لا بُدَّ من توفر شروط تطبيقها، أيضاً، وقد عملنا في هذا البحث على التمييز بين شروط تكوين العادات والأعراف وشروط تطبيقها، والعمل بها.

فوجود عرف بشأن بيع المواد الثقيلة، كالبلوك والرخام والثلاجات والمكيّفات، والمكائن الضخمة، يقتضي أن يكون نقلها إلى محل المشتري على البائع مثلاً، لا يلزم تطبيقه عند الاختلاف بين البائع والمشتري، بهذا الشأن، إذا نصَّ في عقد البيع على أنَّ البائع غير ملزم بنقلها إلى محل المشتري، لأنَّ من شروط التطبيق والعمل بالعرف أن لا يوجد تصريح بخلافه، وقد وجد.

ولو اعتيد بيع أنواع من السلع من دون رؤية، وأبطلوا خيار الرؤية، لم يعمل بهذا العرف لأنه مخالف لقوله ﷺ من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه، وكذا لو تعارف أهل بلد على تلقّي الركبان لم تلزم صحّة ذلك، لمعارضته نهى النبي ﷺ عن تلقّي الركبان، المقتضي لفساد البيع.

وهذا النوع من التفريق بين الشروط لم أجده في كتابات من سبقني إلى هذا الموضوع، وهو ضروري، لدفع أو تقليل مسألة الاستثناء من القواعد الفقهيّة، التي أتينا عليها بشيء من التفصيل في كتابنا (القواعد الفقهيّة)^(١).

٦. تختلف هذه الدراسة عن الدراسات السابقة بطائفة من الأمور، منها:

أ. أنّها وضعت أركاناً للقاعدة، وجعلت للعادة أركاناً أيضاً، فجعلت للقاعدة ركنين هما: العادة والتحكيم. وجعلت للعادة ثلاثة أركان: هي المعتاد، أي الشخص في العادة الفردية، والجمهور في العادة الجماعية، أو العرف، والركن

(١) (٢٧٣-٢٩٠) ط ٢، وانظر أيضاً قاعدة اليقين لا يزول بالشك للباحث (٢٢٨-٢٣٩) ط ٢.

الثاني المعتاد عليه ، أو محل الاعتقاد ، والركن الثالث : الاعتقاد نفسه ، أي تكرار العمل بالمعتاد عليه أو محل الاعتقاد. وهذا أمر لم أسبق إليه فيما أعلم.

ب. إنها ميّزت بين الشروط وجعلتها قسمين ، شروط تكوين القاعدة ، وشروط تطبيق القاعدة ، واقتضى هذا إضافة شروط أخرى ، لم ينصّ عليها العلماء ، وهذا أمر لم أجده عند من سبقني إلى الكتابة عن هذه القاعدة أيضاً.

ج. أنها حاولت ضبط المجالات التي يعمل فيها العرف ، ونظمتها بطريقة جمعت فيها التشابهات ضمن مجموعات معينة ، مما يسهّل فهم وإدراك هذه المجالات ويمكن الفقيه والقاضي من تطبيقها على ما يجد من الأمور ، وتخريج المحتاج إليه ، مما مبناه على العرف.

على أنني لا أبخس الجهود الطيبة التي تقدّمت هذه الدراسة ، ولا سيّما ما كان له فضل سبق منها. وإني لأرجو الله - جلّت قدرته - أن يجزي كل من أسهم في إبراز هذه القاعدة ، ما يكافئ به عمله. إنّه بذلك جدير ، وصلى الله على نبينا محمد.

أصول وضوابط

في قاعدة (العادة محكمة) ^(١)

١. اختلاف الأحكام، عند اختلاف العوائد، فليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب ^(٢).
٢. إذا انتقل العرف، أو بطل، بطلت سببته في ذلك بحسب الأعصار والأمصار ^(٣).
٣. إذا غلب استعمال الاسم العام في بعض أفرادها، حتى صار حقيقة عرفية فيه خصّ به العموم ^(٤).
٤. الإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي ^(٥).
٥. الإذن العرفي كالإذن اللفظي ^(٦).
٦. الإذن العرفية كالإذن الحقيقي ^(٧).
٧. الإذن العادي أو الشرعي ينزل، عند المالكية، منزلة القولي ^(٨).
٨. استعمال الناس حجة يجب العمل بها ^(٩).
٩. الأسماء العرفية تقدّم على الحقيقة ^(١٠).

(١) من الملاحظ أن عدداً من هذه الأصول والضوابط متّحدة في معناها، ولكنها بصياغات مختلفة.

(٢) الموافقات (٨٥/٢).

(٣) العرف أو العمل في المذهب المالكي (١٥٣) نقلاً عن قواعد المقرئ في (١٠٣١).

(٤) القواعد لابن رجب (٢٧٤) (القاعدة ١٢١) بتصرّف في الصياغة.

(٥) المغني (٥١٦/٤).

(٦) مجموع الفتاوى (٢٩/٢٠).

(٧) مغني ذوي الأفهام (٢٤٥).

(٨) القواعد للمقرئ (١٦٢).

(٩) المادة (٣٧)، من مجلّة الأحكام المدلّة.

(١٠) المغني (١٥٣/٦)، وقواعد ابن رجب القاعدة (١٢١).

١٠. إشارة الأخرس المعهودة تقوم مقام نطقه^(١).
١١. الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان^(٢).
١٢. الإطلاق يحمل على المعتاد^(٣).
١٣. الإقرار يحمل على العرف لا على وفاق العربية^(٤).
١٤. ألفاظ الواقفين تحمل على عرفهم^(٥).
١٥. إنما تعتبر العادة إذا اطردت، أو غلبت^(٦).
١٦. إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت^(٧).
١٧. إن العمل يتبدل بتبدل الأزمان، فمذهب ابن القاسم الذي لا يعتبر ولاية ولا ترشيدها، كان الحلك به في الأندلس، قبل هذا الوقت، أما الآن فالأمر مختلف^(٨).
١٨. إن اختلفت العوائد في الأمصار والأعصار وجب اختلاف الأحكام^(٩).
١٩. انتقال العوائد يوجب انتقال الأحكام^(١٠).
٢٠. التعامل حجة يترك به القياس^(١١).

-
- (١) المنشور (١/١٦٤)، والمغني (٣/٥٦٦) و(٤/٢٣٢)، وبدائع الفوائد (٤/٤٧١)، والمادة (٧)، من مجلة الأحكام العدلية.
 - (٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٤٣)، ودرر الحكام (١/٦٢)، والمادة (٧٠)، من مجلة الأحكام العدلية بصيغة: إشارة الأخرس المعهودة كالبيان باللسان.
 - (٣) المغني (٤/٤٨٢)، والكافي (٤/٣٩٥)، وفي الإشراف للقاضي عبدالوهاب (الإطلاق محمول على العادة) (١/٢٦٣).
 - (٤) نشر العرف (٣٦).
 - (٥) المصدر السابق (٤٨).
 - (٦) الأشباه والنظائر للسيوطي (١٠١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٤)، والمادة (٤١) من مجلة الأحكام العدلية.
 - (٧) الفروق (١/١٧٦).
 - (٨) العرف والعمل في المذهب المالكي (ج ١٥٤)، والصيغة منسوبة إلى أبي سعيد محمد بن أحمد بن لبّ الأنصاري المتوفى سنة (٧٢٦هـ).
 - (٩) الفروق (٤/١٠٣).
 - (١٠) المصدر السابق (١/٤٥).
 - (١١) نشر العرف (٥).

٢١. تتغير الأحكام المبنية على العوائد^(١)
٢٢. تتغير الفتوى بتغير الأزمنة والأحوال^(٢).
٢٣. التعيين بالعرف كالتعيين بالنص^(٣).
٢٤. الثابت بالعرف كالثابت بالنص^(٤).
٢٥. الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي^(٥).
٢٦. الحقيقة تترك بدلالة العادة^(٦).
٢٧. الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص^(٧).
٢٨. حكم العرف يثبت على أهله عاماً كان، أو خاصاً^(٨).
٢٩. الشرط العرفي كاللفظي^(٩).
٣٠. صريح القول يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال^(١٠).
٣١. العادة إذا اضطردت ينزل اللفظ في العقود عليها، وإذا اضطربت لم تعتبر ووجب البيان^(١١).

(١) إعلام الموقعين (٨٩/٣).

(٢) المصدر السابق (١٤/٣).

(٣) درر الحكم (٤٦/١)، وشرح المجلة للأتاسي (١٠٣/١)، ونص المادة (٤٥) من المجلة.

(٤) درر الحكم (٤٦/١)، ونشر العرف (٤)، ونظرية العرف (١٠٢).

(٥) المبسوط (١٤/١٣)، ونشر العرف (٤) ونظرية العرف (١٠٣)، والقواعد للبركتي (١١٥/١)، والعرف

والعمل في المذهب المالكي (٨٩).

(٦) درر الحكم (٤٤/١)، وشرح المجلة للأتاسي (٩٤/١)، ونص المادة (٤٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٧) غمر عيون البصائر (٣١٥/١)، ونشر العرف (١٣٠/٢) من رسائل ابن عابدين.

(٨) نشر العرف (٢٧) و(١٣٠/٢) في مجموعة رسائل ابن عابدين.

(٩) مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٧٨/٣٢ و٣٥٤/٢٩)، وإعلام الموقعين (٣٣/٣).

(١٠) المغني (٤٨٦/٥ و٤٩١).

(١١) المنتور (٣٦١/٢).

٣٢. العادة تحكم فيما لا ضبط له شرعاً^(١).
٣٣. العادة تخصّص العام على المنصوص في مذهب أحمد^(٢).
٣٤. العادة عند مالك كالشرط تُقيّد المطلق وتُخصّص العام^(٣).
٣٥. العادة الغالبة تقيّد لفظ المطلق، إذا تعلّق بإنشاء أمر في الحال، دون ما يقع إخباراً عن متقدّم، فلا يقيّده العرف المتأخّر^(٤).
٣٦. العبرة للغالب الشائع لا للنادر^(٥).
٣٧. العرف أصل يرجع إليه في التخاصم^(٦).
٣٨. العرف الخاص لا يترك به القياس الصحيح^(٧).
٣٩. العرف العام يثبت به الحكم العام، والعرف الخاص يثبت به الحكم الخاص^(٨).
٤٠. العرف العام يصلح مخصّصاً للأثر، ويترك به القياس^(٩).
٤١. العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنّما هو المقارن السابق دون المتأخّر^(١٠).
٤٢. العرف كالشرط^(١١).

(١) المصدر السابق (٣٥٦/٢).

(٢) قواعد ابن رجب (٢٧٦) (القاعدة ١٢٢)، ونصّها: تخصيص العموم بالعادة على المنصوص.

(٣) القواعد الفقهية للدكتور عبدالله العيسى (٦١٠) نقلاً عن قواعد المقرّي (٢٩٤، ١٦٠).

(٤) غمز عيون البصائر (٣١٢/١).

(٥) المادة (٤٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(٦) الإشراف (٩/٢ و ١٧ و ٨٤ و ١٠٩ و ١٢٩)، (انظر قواعد الفقه للدكتور محمد الروكي ١٦١ و ٣١٦) وما بعدها.

(٧) نشر العرف (٧).

(٨) المصدر السابق (٦، ٢٨)، وغمز عيون البصائر (٣١٥/١).

(٩) نشر العرف (١٢٢/٢) في مجموعة رسائل ابن عابدين.

(١٠) الأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠١)، وغمز عيون البصائر (٣١٥/١).

(١١) الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٧٠/٢ و ٧٣ و ١٧٨، و ٢٦٣/١)، انظر: قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب، للدكتور محمد الروكي.

٤٣. العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنصٍّ، أو شرط لأحد المتعاقدين^(١).
٤٤. العرف المطرد على حال، جارٍ مجرى الشرط بالمقال^(٢).
٤٥. العرف المعروف كالشرط المشروط^(٣).
٤٦. العقود المطلقة تنزل على العرف^(٤).
٤٧. الكتاب كالخطاب^(٥).
٤٨. الكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا^(٦).
٤٩. الكلام المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية^(٧).
٥٠. كل عرف ورد النصّ بخلافه فهو غير معتبر^(٨).
٥١. كل حكم مبني على عادة، إذا تغيرت العادة تغير^(٩).
٥٢. كل حكم مرتب على عادة فإنه ينتقل بانتقالها اجماعاً كما تختلف النقود في المعاملات، والألفاظ في المعارف، وصفات الكمال والتقصي في عيوب المبيعات، والمعتبر في كل ذلك العادة فإذا تغيرت تغير الحكم^(١٠).
٥٣. كل ما ثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه، بما يوافق مقصود العقد، ويمكن الوفاء به، صح^(١١).

(١) درر الحكام (٤٢/١).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٥٤/٢٩) و(٢٧٨/٣٢).

(٣) المصدر السابق (٩٨/٣).

(٤) زاد المعاد (٣٣/٤).

(٥) نشر العرف (١٤١/٢) (مجموعة رسائل ابن عابدين)، إعلام الموقعين (٣٢٤/٤)، المغني (٢٣٩/٧)، درر

الحكام (٦٦/١)، والأشياء والنظائر لابن نجيم (٣٣٩)، ونص المادة (٦٩) بمن مجلة الأحكام العدلية.

(٦) شرح المجلة للأتاسي (١٩٠/١).

(٧) المغني (١٥٣/٦)، قواعد ابن رجب القاعدة (١٢١).

(٨) المبسوط للرخسي (١٩٦/١٢).

(٩) الفروق (١٠٣/٤).

(١٠) العرف والعمل والعمل في المذهب المالكي (ص ١٥٣ و ١٥٤)، نقلاً عن قواعد المقرئ، (١٠٣٧).

(١١) قواعد الأحكام (١٥٨/٢).

٥٤. كل ما حذرت العوايد عموماً أو غلبة، من كشفه من الإنسان لعموم الناس، أو غالبهم في عموم الأحوال، أو غالبها، فهو عورة، فإن اختلفت كثيراً اختلف الناس^(١).

٥٥. كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف^(٢).

٥٦. كل متكلم له عرف فإن لفظه يحمل على عرفه في الشرعيات والمعاملات والإقرار وسائر التصرفات^(٣).

٥٧. لا حكم للعرف الفاسد، وإنما التأثير والحكم للعرف الصحيح^(٤).

٥٨. لا عبرة بالعرف الطارئ^(٥).

٥٩. لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان^(٦).

٦٠. اللفظ المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية^(٧).

٦١. لفظ الواقف والحالف وكل عاقد يحمل على عادته^(٨).

٦٢. ما لا يطلق عليه الاسم العام إلا مقيداً، ولا يفرد بحال، لا يدخل تحت العموم^(٩).

٦٣. ما يطلق على الاسم العام لكته، على الأكثر لا يذكر معه إلا بقيد، أو قرينة، بحيث لا يكاد يفهم عند الإطلاق دخوله فيه، ففيه وجهان في مذهب الإمام أحمد - رحمه

(١) القواعد للمقري (٤١٧/٢ و ٤١٨) (القاعدة ١٧١).

(٢) المنشور (٣٥١/٢)، والقواعد النورانية (١٣٣)، ومجموع فتاوى ابن تيمية (٢٣٥/١٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١٠٩).

(٣) القواعد للمقري (القاعدة ١١٧).

(٤) المنتقى (١١٥/٥).

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠١)، وغمر عيون البصائر (٣١١/١).

(٦) نشر العرف (١٢٣/٢-١٢٦) من مجموع رسائل ابن عابدين، ونص المادة (٣٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٧) المغني (٥٩٧/٤، و ١٣٣/٧، و ١٣٥).

(٨) نشر العرف (٤٨).

(٩) القواعد لابن رجب (القاعدة ١٢١) (ص ٢٧٤)، بتصرف في الصيغة. وعلى هذا فإن خيار شنبر، وغمر هندي، لا يدخلان في التمر والخيار، أي إذا قال تمر لم يدخل التمر الهندي، وإذا قال خيار لم يدخل خيار شنبر. ومثل ذلك ماء ورد لا يدخل في الماء المطلق (٢٧٤ من قواعد ابن رجب).

الله - أي يدخل في العموم في وجهه، ولا يدخل فيه في وجه آخر^(١).

٦٤. المتعارف كالمشروط^(٢).

٦٥. المذهب عند الحنفية، أنّ عدم اعتبار العرف الخاص إنما هو فيما إذا عارض النصّ الشرعي، فلا يترك به القياس، ولا يخصّ الأثر^(٣).

٦٦. المطلقات عند مالك تتقيّد بالعرف^(٤).

٦٧. المعروف بين التجار كالمشروط بينهم^(٥).

٦٨. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٦).

٦٩. المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً^(٧).

٧٠. المعلوم الوجود بحكم العادة كالمشروط^(٨).

٧١. الممتنع عادة كالممتنع حقيقة^(٩).

٧٢. من تقرّرت له عادة عمل عليها، فإن انخرمت رجع إلى الأقوى، كمن اعتادت الطهر بإحدى العلامتين، فرأت الأخرى، ففي انتظارها للمعتاد، ما لم يخرج الوقت، قولان، للخلاف في الأبلغ منهما. قال ابن القاسم: القصّة، وقال ابن عبدالحكم الجفوف^(١٠).

(١) المصدر السابق (٢٧٤).

(٢) المغني (٥١٧/٥)، وفي إعلام الموقعين الشرط العرفي كاللفظي (٤٥/٢).

(٣) نشر العرف (٣٠ و ١٧١/٢) من مجموع رسائل ابن عابدين.

(٤) القواعد للمقرّي (القاعدة ١٦٠).

(٥) المادة (٤٤) من مجلّة الأحكام العدليّة.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٩)، ونصّ المادة (٤٣)، من مجلّة الأحكام العدليّة.

(٧) المصدر السابق.

(٨) المغني (١١٩/٤، و ٥١٧/٥)، ونظرية العرف للخيّاط (١٠٢).

(٩) المادة (٣٨) من مجلّة الأحكام العدليّة.

(١٠) القواعد للمقرّي (٣٤٦/١) القاعدة (١١٨) والقصّة يراد بها هنا الماء الأبيض الذي يخرج عند انتهاء

الحيض، وهو علامة على طهر الحائض. وأمّا الجفوف فهو أن تدخل الحائض الخرقه فتخرجها جافة ليس فيها دم.

٧٣. من ثبتت عنده قضى بها^(١).
٧٤. المنع الصريح نفي للإذن العرفي^(٢).
٧٥. النادر لا حكم له^(٣).
٧٦. يجب الرجوع إلى العوائد فيما كان خلقه، كالحيض والبلوغ، فإن اختلفت فيألى الغالب، وقد يختلف الأمر فيه بالبلاد، وغلبة مزاج في قوم، فيختلف الناس^(٤).
٧٧. يخصّ العموم بالعادة على المنصوص أي بالفقه الحنبلي^(٥).
٧٨. يعتبر العرف في المعاملات، ولا يعتبر في التعليق والدعوى والإقرار^(٦).
٧٩. يعتبر العرف في كل موضع عرف أهل ذلك الموضع مما يطلقونه عليه من الاسم^(٧).
٨٠. يقوم ما يدلّ على الإذن مقامه^(٨).

(١) الفروق (١٠٣/٤).

(٢) المغني (٥١٦/٤).

(٣) نشر العرف (٤٢).

(٤) القواعد للمقرّي (٣٤٥/١ و ٣٤٦) (القاعدة ١١٧).

(٥) قواعد ابن رجب (٢٧٦)، (القاعدة ١٢٢).

(٦) غمز عيون البصائر (٣١٢/١).

(٧) نشر العرف (٢٩).

(٨) المغني (٣٧٥/٣).

فهرس الآيات

الآية رقمها رقم الصفحة

سورة البقرة

وأقيموا الصلاة ٤٣ و ٨٣ و ١١٠ ١٦
يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ١٨٥ ١٢٦
والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ٢٢٨ ١١٤
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ٢٣٣ ١٢١
وأحلّ الله البيع وحرم الربا ٢٧٥ ٧٢
يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم ٢٨٢ ١٨٣

سورة النساء

ومن يشاقق الرسول ١١٥ ١٢٢

سورة المائدة

فكفارتهم إطعام عشرة مساكين ٨٩ ١٢٢

سورة الأعراف

وعلى الأعراف رجال ٤٦ ٣٣
خذ العفو وأمر بالعرف ١٩٩ ٣٣ ، ١٢١

سورة التوبة

إنما الصدقات للفقراء والمساكين ٦٠ ٢٢٩

رقمها رقم الصفحة

الآية

سورة يونس

قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق ٥٩ ١٦٧

سورة النحل

لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس ٧ ١٤٤

هو الذي سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً ١٤ ١٧٢

سورة الإسراء

يوم ندعو كل أناس بإمامهم ٧١ ١٢٣

سورة الأنبياء

وجعلنا السماء سقفاً محفوظاً ٣٢ ١٧٢

سورة الحج

وما جعل عليكم في الدين من حرج ٧٨ ١٢٦

سورة النور

والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم ٦-٩ ١١٤

سورة الشورى

أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ٢١ ٧٠

سورة الزخرف

إنا وجدنا آباءنا على آفة ٢٣ ٩٠

الآية رقمها رقم الصفحة

سورة القمر

ولقد يسرنا القرآن للذكر ١٧ ٦٣

سورة المجادلة

فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون ٤ ١٢٢

سورة الطلاق

وأشهدوا ذوي عدل منكم ٢ ١١٣

لينفق ذو سعة من سعته ٧ ١٢٢

سورة نوح

وجعلنا الشمس سراجاً ١٦ ١٧٢

والله قد جعل لكم الأرض بساطاً ١٩ ١٧٢

سورة المرسلات

والمرسلات عرفاً ١ ٣٣

سورة النبأ

والجبال أوتاداً ٧ ١٧٢

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

فهرس الأحاديث

الحديث	رقم الصفحة
إذا رأيتموه فصوموا.....	١٧٣
إن أبا سفيان رجل شحيح.....	١٢٤
إن الله هو القابض الباسط الرازق.....	٢٢٧
إن ناقة البراء بن عازب.....	٦٧
إن النبي ﷺ قضى بالدية.....	٧٨
إني امرأة أستحاض.....	١٣٤
البيعان بالخيار ما لم يتفرقا.....	١٥١
عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته.....	٧٤
فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر.....	٧١
كانت ضوالة الإبل في زمان عمر.....	٨٠
لا تبع ما ليس عندك.....	١٨١
لا تجتمع أمتي على ضلالة.....	١٨٤
لا تمنعوا إماء الله مساجد الله.....	٧٨
لو أدرك النبي ﷺ ما أحدث النساء.....	٧٨
ما رآه المسلمون حسناً.....	٧٠ ، ١٢٣ ، ١٢٤
من أحيا أرضاً ميتة فهي له.....	١٤٨
من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم.....	١٨٠ ، ١٨٢
من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه.....	١٥٠ ، ٢٣٣

رقم الصفحة

الحديث

- نهى النبي ﷺ أن يُتَلَقَّى الجلب ٢٢٨
- نهى النبي ﷺ عن تلقي البيوع ١٢٨
- وقد استصنع رسول الله ﷺ ١٨٤
- يأبىها الناس قد فرض عليكم الحج فحجّوا ٧١

فهرس المصادر والمراجع

الأتابكي: جمال الدين أبو المحاسن يوسف بن تغري بردي (ت ٨٧٤هـ).

١. المنهل الصافي والمستوفي بعد الوافي - تحقيق أحمد يوسف نجاتي - مطبعة دار الكتب المصري، مصر، (١٣٨٩هـ، ١٩٥٦م).

الأتاسي: محمد خالد بن محمد عبدالستار (ت ١٣٢٦هـ).

٢. شرح المجلة - المكتبة الحبيبية - كانسي رود - باكستان.

الأسنوي: جمال الدين عبدالرحيم بن الحسن (ت ٧٧٢هـ).

٣. نهاية السؤل شرح منهاج الوصول (مع شرح البدخشي) مطبعة محمد علي صبيح، مصر، (١٣٨٩هـ، ١٩٦٩م).

الألوسي: أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود (ت ١٢٧٠هـ).

٤. روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني - نشر دار الفكر، بيروت - (١٣٩٨هـ، ١٩٧٨م).

الأمدي: أبو الحسن سيف الدين علي بن أبي علي (ت ٦٣١هـ).

٥. الإحكام في أصول الأحكام - تعليق الشيخ عبدالرزاق عفيفي - نشر مؤسسة النور - (١٣٨٦هـ).

أمير بادشاه: محمد أمين بن محمود البخاري (ت في حدود ٩٨٧هـ).

٦. تيسير التحرير - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، (١٣٥٠هـ).

ابن أمير الحاج: محمد بن محمد الحلبي (ت ٨٧٩هـ).

٧. التقرير والتحرير شرح التحرير - دار الكتب العلمية - بيروت، (١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م) ط ٢.

الأنصاري : زكريا بن محمد (الشيخ) (ت ٩٢٦هـ).

٨. الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة - تحقيق د. مازن المبارك - نشر دار الفكر المعاصر، بيروت، (١٤١١هـ، ١٩٩١م).

الأنصاري : أبو العياش عبد العليم محمد بن محمد اللكنوي (نبغ في حدود ١١٨٠هـ).

٩. فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت - مطبوع مع المستصفى للغزالي - المطبعة الأميرية، بولاق (١٣٢٢هـ).

الأهواني : أحمد فؤاد (الدكتور).

١٠. خلاصة علم النفس - مطبعة الإصلاح - مصر، (١٩٣٢م).

البابرتي : أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود الحنفي (ت ٧٨٦هـ).

١١. العناية (لاحظ ابن الهمام في فتح القدير).

الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي (ت ٤٧٤هـ).

١٢. المنتقى شرح موطأ مالك - مطبعة السعادة - مصر، (١٣٣٢هـ).

الباحسين : يعقوب بن عبد الوهاب (الدكتور).

١٣. أصول الفقه الحدّ والموضوع والغاية، نشر مكتبة الرشد، الرياض، (١٤٠٨هـ).

١٤. التخرج عند الفقهاء والأصوليين، نشر مكتبة الرشد، الرياض، ط ١ (١٤١٤هـ).

١٥. رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، دار النشر الدولي، الرياض، ط ٢، (١٤١٦هـ).

١٦. القواعد الفقهية - المبادئ، المقومات، المصادر، الدليلية، التطور، دراسة نظرية، تحليلية، تأصيلية، تاريخية، مكتبة الرشد، الرياض، ط ٢،

(١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م).

١٧. قاعدة اليقين لا يزول بالشك، نشر مكتبة الرشد، الرياض، (١٤١٧هـ).

١٨. طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناطقة والأصوليين، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، (١٤٢١هـ، ٢٠٠١م).

باز: سليم بن رستم بن الياس بن طنوز، (ت ١٣٣٨هـ) (١٩٢٠م).

١٩. شرح المجلة، نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٣.

البخاري: علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد (ت ٧١٠هـ).

٢٠. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام السبزدوي، ضبط وتعليق

محمد المعتمد بالله البغدادي، دار الفكر العربي، بيروت (١٤١١هـ، ١٩٩١م).

بدران: بدران أبو العينين.

٢١. الشريعة الإسلامية - تاريخها ونظريّة الملكية والعقود، مطبعة كرمور،

الاسكندرية، مصر، شركة شباب الجامعة.

بدير: علي محمد (الدكتور).

٢٢. المدخل لدراسة القانون، دار الطباعة الحديثة، بصرة، العراق، (١٩٧٠م).

بركات: محمد خليفة (الدكتور).

٢٣. تحليل الشخصية، دار مصر للطباعة، (١٩٥١م).

البركتي: محمد عميم الإحسان المجددي

٢٤. قواعد الفقه، نشر الصدق بيلشر، كراتشي.

ابن برهان: أحمد بن علي بن برهان البغدادي (ت ٥٣٨هـ).

٢٥. الوصول إلى الأصول - تحقيق د. عبد الحميد أبوزنيد، مطبعة المعارف،

الرياض (١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م).

اليزاز: عبدالرحمن (ت ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م).

٢٦. مبادئ القانون المقارن، مطبعة العاني، بغداد، (١٩٦٧م).

٢٧. مبادئ أصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، (١٩٦٧م).

البصري: أبو الحسين محمد بن علي بن الطيّب (ت ٤٣٦هـ).

٢٨. المعتمد في أصول الفقه، تحقيق محمد حميد الله وآخرين، المطبعة

الكاثوليكية، دمشق (١٣٨٤هـ، ١٩٦٤م).

البغداددي: إسماعيل باشا بن محمد أمين (ت ١٣٢٩هـ).

٢٩. هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، طبع المكتبة الإسلامية،

طهران، ط ٣، (١٣٨٧)، أوفست عن طبعة المعارف بأسطنبول (١٩٥١م).

البوطي: محمد سعيد رمضان (الدكتور).

٣٠. ضوابط المصلحة، مطبعة العلم، دمشق، (١٩٦٧م).

البورنو: محمد صدقي بن أحمد (الدكتور).

٣١. الوجيز في إيضاح القواعد الكلية، نشر مكتبة المعارف بالرياض، ط ٢،

(١٤١٠هـ، ١٩٩٠م).

البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس (ت ١٠٥١هـ).

٣٢. الروض المربع شرح زاد المستقنع، مطبعة السعادة، مصر، (١٣٩٠هـ،

١٩٧٠م)، نشر مكتبة الرياض، المملكة العربية السعودية.

٣٣. كشف القناع عن متن الإقناع، مراجعة الشيخ هلال مصيلحي هلال،

نشر مكتبة العصر الحديث في الرياض.

التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر (ت ٧٩٢هـ).

٣٤. التلويح، مطبعة دار الكتب العربية، مصر، (١٣٢٧هـ).

٣٥. رسالة في الحدود، مجلّة أضواء الشريعة، العدد ١٥، (١٤٠٤هـ) تحقيق الشيخ عبدالفتاح أبو غدة.

التنبكتي: أحمد المعروف بـ(بابا التنبكتي) (ت ١٠٣٢هـ)

٣٦. نيل الابتهاج بهامش الديباج المذهب، نشر دار الكتب العلمية، بيروت.

التهانوي: محمد بن علي محمد الفاروقي (كان حياً ١١٥٨هـ).

٣٧. كشاف اصطلاحات الفنون، نشر دار صادر، بيروت.

ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم (ت ٧٢٨هـ).

٣٨. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد قاسم، مطابع دار العربية، بيروت، (١٣٩٨هـ).

٣٩. القواعد النورانية الفقهية - بتحقيق محمد حامد الفقي، نشر دار الندوة الجديدة، بيروت.

الجرجاني: علي بن محمد السيد الشريف (ت ٨١٦هـ).

٤٠. التعريفات، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، (١٣٥٧هـ، ١٩٢٨م).

الخصائص: أبو بكر أحمد بن علي الحنفي (ت ٣٧٠هـ).

٤١. أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، نشر دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، (١٤١٢هـ، ١٩٩٢م).

جمعة: أبو عبدالرحمن عبدالمجيد جمعة الجزائري.

٤٢. القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب اعلام الموقعين للعلامة ابن قيم الجوزية، دار ابن القيم في المملكة العربية السعودية ودار ابن عفان في مصر، ط ١، (١٤٢٠هـ).

الجديدي: عمر بن عبدالكريم

٤٣. العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب،
مطبعة فضالة، المحمدية-المغرب، ١٩٨٢م.

ابن الحاجب: أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر المالكي (ت ٦٤٦هـ)

٤٤. منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل، دار الكتب العلمية،
بيروت، سنة ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.

حاجي خليفة: مصطفى بن عبدالله القسطنطيني الشهير بملا كاتب جلبي (ت ١٠٦٧هـ).

٤٥. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، المطبعة الإسلامية، طهران،
ط ٣، أوفست، (١٣٨٧هـ، ١٩٦١م).

ابن حجر العسقلاني: أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي (ت ٨٥٢هـ).

٤٦. الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، مطبعة مجلس دار المعارف العثمانية،
حيدرآباد الدكن، الهند (١٣٩٤هـ، ١٩٧٤م).

٤٧. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار المعرفة، بيروت،
تعليق عبدالله هاشم مدني (١٣٨٤هـ، ١٩٦٤م).

٤٨. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق وإشراف الشيخ عبدالعزيز
ابن عبدالله بن باز، نشر رئاسة إدارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة
والإرشاد، المملكة العربية السعودية، (١٣٩٦هـ).

الحجوي: محمد بن الحسن الثعالبي الفاسي (ت ١٣٧٦هـ).

٤٩. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، نشر المكتبة العلمية بالمدينة
المنورة (١٣٩٦هـ)، ط ١.

الحسيني: أحمد بن أحمد المحامي (ت ١٣٣٤هـ).

٥٠. نهاية الأحكام في بيان ما للنية من أحكام، مراجعة وتصحيح وتعليق
محمود محمد محمود حسن نصار، نشر دار الجليل، بيروت، ط ١.

الحصني: تقي الدين بن محمد بن عبدالمؤمن (ت ٨٢٩هـ).

٥١. القواعد، دراسة وتحقيق د. عبد الرحمن بن عبدالله الشعلان، نشر مكتبة الرشد، الرياض، القسم الأول، ج ١.

الحكيم: السيد محمد تقي بن السيد محمد سعيد.

٥٢. الأصول العامة للفقّة المقارن، مطابع الأندلس، بيروت، (١٩٦٣م).

حمادة: عباس متولي (الدكتور).

٥٣. أصول الفقه، مطبعة دار التأليف، مصر، ط ١، ١٩٦٥م.

الحموي: أحمد بن محمد الحنفي (ت ١٠٩٨هـ).

٥٤. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م).

حيدر: علي حيدر أفندي.

٥٥. درر الأحكام شرح مجلّة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني المحامي، نشر دار الكتب العلمية، بيروت.

الخبيصي: عبيدالله بن فضل الله (ت ١٠٥٠هـ).

٥٦. التذهيب شرح تهذيب المنطق، بحاشيتي الدسوقي، والشيخ حسن العطار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، (١٣٥٥هـ، ١٩٣٦م).

خضري: الطيّب خضري السيد (الدكتور) (ت ١٤٠٥هـ).

٥٧. الاجتهاد فيما لا نصّ فيه، نشر مكتبة الحوين، الرياض، (١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م).

أبو الخطاب: محفوظ بن أحمد الكلوزاني (ت ٥١٠هـ).

٥٨. التمهيد في أصول الفقه، دار المدني للطباعة، جدّة، نشر مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، مكة، (١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م).

خلاف : الشيخ عبدالوهاب بن عبدالواحد (ت ١٣٧٥هـ ، ١٩٥٦م).

٥٩. مصادر التشريع فيما لا نصّ فيه ، دار القلم في الكويت ، ط ٤ ،
(١٣٩٨هـ ، ١٩٨٧م).

الخليفي : عبدالعزيز بن صالح.

٦٠. الاختلاف في المذهب المالكي - مصطلحاته وأسبابه / رسالة ماجستير في
الشريعة الإسلامية - شعبة الفقه والأصول ، دار الحديث الحسنية في
المغرب ، ط ١ ، سنة ١٤١٤هـ ، ١٩٩٣م.

الخياط : عبدالعزيز (الدكتور).

٦١. نظرية العرف ، نشر مكتبة الأقصى ، عمان ، الأردن ، مطابع وزارة
الأوقاف ، (١٣٩٧هـ ، ١٩٧٧م).

الدبوسي : أبو زيد عبيد الله بن عمر (ت ٤٣٠هـ).

٦٢. تأسس النضر ، تعليق وتصحيح مصطفى محمد القباني الدمشقي ، نشر
دار ابن زيدون ، بيروت ، بالاشتراك مع مكتبة الكليات الأزهرية ، مصر ،
مطبوع معه أصول الكرخي.

الرازي : فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين (ت ٦٠٦هـ).

٦٣. المحصول في علم الأصول ، نشر دار الكتب العلمية ، بيروت ،
(١٤٠٨هـ ، ١٩٨٨م).

الرازي : قطب الدين محمود بن محمد (ت ٧٦٦هـ).

٦٤. تحرير القواعد المنطقية شرح الرسالة الشمسية ، مطبعة البابي الحلبي ،
مصر ، ١٩٤٨ ، ط ١.

الرافعي : أبو القاسم عبدالكريم بن محمد (ت ٦٢٣هـ).

٦٥. فتح العزيز شرح الوجيز، نشر دار الفكر العربي، مطبوع مع المجموع.

انظر النووي: المجموع.

الراوي: محمد سعيد بن عبدالغني (ت ١٣٥٤هـ).

٦٦. شرح المجلة، مطبعة دار السلام، بغداد، (١٣٤٢هـ).

ابن رجب: عبدالرحمن بن أحمد (ت ٧٩٥هـ).

٦٧. القواعد، نشر دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد (ت ٥٩٥هـ).

٦٨. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة المعاهد، مصر، (١٣٥٣هـ، ١٩٣٥م).

رضا: محمد رشيد بن علي رضا (ت ١٩٣٥م).

٦٩. تفسير القرآن الحكيم (المنار) مطبعة المنار (١٣٤٦هـ).

الريسوني: أحمد (الدكتور)

٧٠. نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية مطبعة مصعب

-مكناس- المغرب - ط ١ سنة ١٩٩٤م.

الزرقا: أحمد بن محمد (ت ١٣٥٧هـ).

٧١. شرح القواعد الفقهية، نسقه وراجع وصححه، د. عبدالستار أبو غدة،

نشر دار الغرب الإسلامي، (١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م).

الزرقا: مصطفى أحمد (ت ١٤٢٠هـ).

٧٢. المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء الأديب، دمشق،

(١٩٦٧/١٩٦٨م).

الزرقاني: أبو عبدالله بن عبد الباقي (ت ١١٢٢هـ).

٧٣. شرح موطأ مالك، مطبعة مصطفى محمد، مصر، (١٩٣٦م)، وطبعه
عبد الحميد أحمد، دون تاريخ.

الزركشي: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله (ت ٧٩٤هـ).

٧٤. البحر المحيط في أصول الفقه، دار الصفوة للطباعة والنشر، مصر،
ط ١، (١٤١٣هـ، ١٩٩٢م).

٧٥. المنشور في القواعد، تحقيق د. فائق أحمد محمود، طبعه مؤسسة الخليج،
نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

الزركلي: خير الدين بن محمود الدمشقي (ت ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م).

٧٦. الأعلام، نشر دار العلم للملايين، بيروت ط ٥، (١٩٨٠م).

زكي: محمود جمال الدين (الدكتور)

٧٧. دروس في مقدمة الدراسات القانونية، دار مطابع الشعب، مصر،
(١٩٦٤م).

أبو زهرة: محمد بن أحمد (ت ١٩٧٤م).

٧٨. مالك - حياته وعصره، دار الفكر العربي، مصر، (١٩٦٤) ط ٢.

الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي، (ت ٧٤٣هـ).

٧٩. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مطبعة بولاق، مصر، (١٣١٣هـ).

ابن السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي (ت ٧٧١هـ).

٨٠. الأشباه والنظائر، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي معوض، نشر
دار الكتب العلمية، بيروت ط ١، (١٤١١هـ، ١٩٩١م).

٨١. جمع الجوامع بشرح الجلال المحلّي وحاشية البناني، مطبعة دار إحياء
الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، مصر، دون تاريخ.

٨٢. الإبهاج في شرح المنهاج، تحقيق جماعة من العلماء، نشر دار الكتب العلمية، بيروت.

السخاوي: شمس الدين محمد بن عبدالرحمن (ت ٩٠٢هـ).

٨٣. المقاصد الحسنة في كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، دار الأدب العربي للطباعة، مصر (١٩٥٦م).

السدلان: صالح بن غانم (الدكتور).

٨٤. القواعد الفقهية الكبرى وما تفرّع عنها، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، (١٤١٧هـ).

السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد (ت ٤٩٠هـ).

٨٥. أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، (١٣٧٢هـ)، نشر لجنة إحياء المعارف النعمانية، حيدر آباد الدكن، الهند.

سركيس: يوسف إيلان سركيس (ت ١٣٥١هـ، ١٩٣٢م).

٨٦. معجم المطبوعات العربية والمصرية، مطبعة سركيس، مصر، (١٣٤٦هـ، ١٩٢٨م).

ابن سعد: أبو عبدالله محمد بن سعد الزهري (ت ٢٣٠هـ).

٨٧. الطبقات الكبرى، دار عمار ودار بيروت للطباعة، بيروت، (١٩٥٧م).

سلامة: أحمد (الدكتور).

٨٨. المدخل لدراسة القانون، نشر مكتبة عين شمس، مصر.

أبو ستّة: أحمد فهمي (الشيخ).

٨٩. العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، مصر، (١٩٤٧م).

السيوطي: جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١هـ).

٩٠. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، مطبعة دار إحياء الكتب، مصر.

٩١. منتهى الآمال في شرح حديث إنما الأعمال، دراسة وتحقيق مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٠١هـ، ١٩٨١م).

٩٢. الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط ٤، (١٩٥٤م).

الشاذلي: حسن علي (الدكتور).

٩٣. الاقتصاد الإسلامي (المدخل) - مصادره وأأسسه، نشر دار الكتاب الجامعي، مصر، ط ٢، (١٤١٦هـ، ١٩٩٦م).

الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي (ت ٧٩٠هـ).

٩٤. الموافقات في أصول الشريعة، شرح وتعليق الشيخ عبدالله دراز، نشر المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر، أوفست دار المعرفة، بيروت.

شبير: محمد عثمان (الدكتور).

٩٥. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، (١٤٢٠هـ، ٢٠٠١م).

شلي: محمد مصطفى (الشيخ).

٩٦. المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مطبعة دار التأليف، مصر، (١٩٦٢م).

الشنقيطي: سيدي عبدالله بن إبراهيم العلوي (ت ١٢٣٣هـ).

٩٧. نشر البنود على مراقبي السعود - طبع بإشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي - حكومة المملكة المغربية وحكومة الإمارات العربية المتحدة.

الشوكاني: محمد بن علي (ت ١٢٥٥هـ).

٩٨. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار المعرفة للطباعة، لبنان، بيروت، (١٣٩٩هـ).

٩٩. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار العلم، بيروت.

الصابوني: عبدالرحمن (الدكتور).

١٠٠. المدخل لدراسة التشريع الإسلامي.

صدر الشريعة: عبيد الله بن مسعود البخاري (ت ٧٤٧هـ).

١٠١. التوضيح شرح التنقيح بحاشية التلويح، مطبعة دار الكتب العربية

الكبرى، مصر، (١٣٢٥هـ)، (انظر: التفتازاني، التلويح).

الصدّه: عبدالمنعم فرج (الدكتور).

١٠٢. أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر، (١٩٧٨م).

١٠٣. مبادئ القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، (١٩٨٢م).

الطرابلسي: علاء الدين علي بن خليل (ت ٨٤٤هـ).

١٠٤. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المطبعة الميمنية، مصر.

الصعيدى: الشيخ عبدالمتعال (ت بعد ١٣٧٧هـ، ١٩٥٨م).

١٠٥. بغية الإيضاح لتلخيص المفتاح، المطبعة النموذجية، مصر، نشر مكتبة

الآداب ومطبتها.

الطريقي: عبدالله بن محمد بن أحمد (الدكتور)

١٠٦. العمل بالخط والكتابة في الفقه الإسلامي - مطابع شركة الصفحات

الذهبية - الرياض، سنة ١٤١٣هـ، سنة ١٩٩٢م.

الطويل: توفيق (الدكتور).

١٠٧. مسائل فلسفية، مطابع المجلس الدائم للخدمات العامة، مصر، (١٩٥٥م).

ابن عابدين: محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢هـ).

١٠٨. رد المحتار على الدر المختار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، (١٣٨٦هـ، ١٩٦٦م).

١٠٩. رسالة: شفاء العليل وبل الغليل في حكم الوصية بالختومات والتهاليل ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين، نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١١٠. رسالة: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، مكتب صنايع، (١٢٨٦هـ).

ابن عاشور: محمد الطاهر بن عاشور (ت ١٣٩٣هـ).

١١١. مقاصد الشريعة الإسلامية، طبع مصنع الكتاب، الشركة التونسية للتوزيع، (١٩٧٨م).

ابن عبدالسلام: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبدالسلام السلمي (ت ٦٦٠هـ).

١١٢. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مطبعة الإستقامة، مصر دون تاريخ.

عبدالله: الشيخ عمر.

١١٣. العرف في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - الاسكندرية العددان الأول والثاني - السنة الخامسة (١٩٥٣م).

عبدالمنعم: محمود عبدالرحمن (الدكتور).

١١٤. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، نشر دار الفضيلة للنشر، والتوزيع والتصدير، مصر، دون تاريخ.

عبدالوهاب: القاضي عبدالوهاب بن نصر البغدادي المالكي (ت ٤٢٢هـ).

١١٥. التلقين في الفقه المالكي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، منشورات

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، (١٤١٣هـ، ١٩٩٣م).

ابن عبد الهادي: جمال الدين يوسف بن عبد الهادي (ت ٩٠٩هـ).

١١٦. مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام، تحقيق عبدالعزيز

بن محمد آل الشيخ، دون معلومات أخرى.

العجلوني: إسماعيل بن محمد الجراحي (ت ١١٦٢هـ).

١١٧. كشف الخفاء ومزيل الإلباس فيما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس،

تعليق أحمد القلاش، نشر مؤسسة الرسالة، ط ٣، (١٤٠٢هـ، ١٩٨٣م).

أبو عجيلة: مصطفى عبد الرحيم.

١١٨. العرف وأثره في التشريع الإسلامي - المنشأة العامة للنشر والتوزيع،

طرابلس، الجماهيرية العربية الليبية.

ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبدالله (ت ٥٤٣هـ).

١١٩. أحكام القرآن، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، (١٩٦٧م).

العسري: عبد السلام.

١٢٠. نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي، مطبعة

فضالة، المحمدية، المغرب، (١٤١٧هـ، ١٩٩٦م).

العطار: أبو السعادات الشيخ حسن بن محمد (ت ١٢٥٠هـ).

١٢١. حاشية على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب

العلمية، بيروت.

العلائي: أبو سعيد خليل بن كيكلدي الشافعي (ت ٧٦١هـ).

١٢٢. المجموع المذهب في قواعد المذهب، تحقيق محمد عبدالغفار الشريف، نشر

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، مطابع الرياضي،
(١٤١٤هـ، ١٩٥٤م).

علوان: إسماعيل بن حسين بن محمد (الدكتور).

١٢٣. القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها، جمع
ودراسة من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، نشر دار ابن
الجوزي، المملكة العربية السعودية، (١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م).

ابن العماد: أبو الفلاح عبدالحمي بن العماد (ت ١٠٨٩هـ).

١٢٤. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي،
نشر دار الآفاق، دون تاريخ.

عميرة: شهاب الدين أحمد البرلسي (ت ٩٥٧هـ).

١٢٥. حاشية على شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين للنووي، دار
إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، مصر.

الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد (ت ٥٠٥هـ).

١٢٦. الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار المعرفة للطباعة والنشر،
بيروت، (١٣٩٩هـ، ١٩٧٩م).

الفاداني: أبو الفيض محمد ياسين بن عيسى المكي (ت ١٤١٠هـ).

١٢٧. الفوائد الجنية حاشية على المواهب السنية شرح الفوائد البهية في نظم
القواعد الفقهية، اعتنى بطبعه سعد الدين دمشقية، دار البشائر،
بيروت، (١٤١١هـ، ١٩٩١م).

ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي (ت ٣٩٥هـ).

١٢٨. معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام هارون، نشر دار الكتب
العلمية، إيران، قم.

ابن فرحون: برهان الدين إبراهيم بن علي المدني المكي (ت ٧٩٩هـ).

١٢٩. الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت.

الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي (ت ٨١٧هـ).

١٣٠. القاموس المحيط، نشر دار الفكر، بيروت، (١٣٩٨هـ).

الفيومي: أحمد بن محمد (ت ٧٧٠هـ).

١٣١. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتب العلمية، بيروت.

القاضي: مختار (الدكتور).

١٣٢. أصول القانون.

ابن قدامة: موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد الجماعيلي المقدسي (ت ٦٢٠هـ).

١٣٣. المغني، مطبوعات رئاسة إدارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة

والإرشاد، نشر مكتبة الرياض الحديثة، (١٤٠١هـ، ١٩٨١م).

القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي (ت ٦٨٤هـ).

١٣٤. نفائس الأصول، تحقيق عادل أحمد عبدالموجود والشيخ علي محمد

معوض، نشر دار الباز، الرياض، (١٤١٦هـ، ١٩٨٥م).

١٣٥. الفروق، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر (١٣٤٤هـ).

١٣٦. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، اعتناء عبدالفتاح أبو غدة،

نشر دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط ٢، (١٤١٦هـ، ١٩٩٥م).

١٣٧. شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبدالرؤوف سعد، دار الطباعة الفنية

المتحدة، مصر، (١٩٧٨م).

القرطبي: أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري (ت ٦٧١هـ).

١٣٨. الجامع لأحكام القرآن، نشر دار الفكر، بيروت، (١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م).

القره داغي: علي محيي الدين (الدكتور).

١٣٩. قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي، نشر دار الاعتصام، دار

النصر للطباعة الحديثة، مصر، القاهرة، ط ١، (١٤١٣هـ، ١٩٩٣م).

القزويني: جلال الدين محمد بن عبدالرحمن القزويني الخطيب (ت ٧٣٩هـ)

١٤٠. التلخيص في علوم البلاغة، شرح عبدالرحمن البرقوقي، نشر دار

الكتاب العربي، بيروت.

١٤١. الإيضاح لتلخيص المفتاح بشرح بغية الإيضاح، المطبعة النموذجية،

مصر، نشر مكتبة الآداب ومطبعتها.

القليوبي: شهاب الدين أحمد بن أحمد سلامة (ت ١٠٦٩هـ).

١٤٢. حاشية على شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين للنووي انظر (عميرة).

ابن قيم الجوزية: أبو عبدالله محمد بن أبي بكر (ت ٧٥١هـ).

١٤٣. أعلام الموقعين، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، القاهرة.

١٤٤. إغاثة اللفهان من مصائد الشيطان، نشر دار المعرفة بيروت.

١٤٥. زاد المعاد- المطبعة العصرية

الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي (٥٨٧هـ).

١٤٦. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٢،

(١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م).

كحالة: عمر رضا.

١٤٧. معجم المؤلفين- تراجم مصنفي الكتب العربية، مطبعة الترقى،

دمشق، (١٩٥٧م).

الكرخي: أبو الحسن عبيد الله بن الحسين (ت ٣٤٠هـ).

١٤٨. أصول الكرخي (مطبوع مع تأسيس النظر)

انظر: الدبوسي- تأسيس النظر.

الكفوي: أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني (ت ١٠٩٤هـ)

١٤٩. الكليات- معجم المصطلحات والفروق اللغوية. نشر مؤسسة الرسالة،

بيروت، (١٤١٢هـ، ١٩٩٢م).

مبارك: سعيد عبدالكريم (الدكتور).

١٥٠. أصول القانون- مطابع مديرية دار الكتب للطباعة، الموصل، العراق،

(١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م).

المباركي: أحمد علي سير (الدكتور).

١٥١. العرف وأثره في الشريعة الإسلامية، ط ١ (١٤١٢هـ، ١٩٩٢م)، دون

معلومات أخرى.

متولي: عبدالحميد (الدكتور).

١٥٢. مبادئ نظام الحكم في الإسلام، مطبعة الشاعر، مصر، (١٩٦٦م).

المحلي: جلال الدين محمد بن أحمد (ت ٨٦٤هـ).

١٥٣. شرح جمع الجوامع بحاشية البتاني، دار إحياء الكتب العربية، مصر،

دون تاريخ.

مخلف: الشيخ محمد بن محمد (ت ١٣٦٠هـ).

١٥٤. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

مدغمش: جمال.

١٥٥. أيديولوجية العرف الدولي وهندسته، نشر دار العرفان، عمان، الأردن، ط ١، (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م).

مذكور: محمد سلام (الدكتور).

١٥٦. مباحث الحكم عند الأصوليين، المطبعة العالمية، مصر، (١٩٤٦م).

المراغي: عبدالله مصطفى.

١٥٧. الفتح المبين في طبقات الأصوليين، نشر محمد أمين دمج وشركاه، بيروت، لبنان، ط ١، (١٣٩٤هـ).

المراغي: الشيخ محمد مصطفى بن محمد بن عبد المنعم (ت ١٣٦٤هـ).

١٥٨. الاجتهاد في الإسلام، مطبعة الجهاد، مصر، (١٩٥٩م)، سلسلة الثقافة الإسلامية.

المرغيناني: أبو الحسن علي بن أبي بكر (ت ٥٩٣هـ).

١٥٩. هداية المهتدي شرح بداية المبتدي، طبع عيسى البابي الحلبي، مصر، (١٣٥٦هـ، ١٩٣٧م).

مقبل: طالب قائد.

١٦٠. الوكالة في الفقه الإسلامي، نشر دار اللواء للنشر والتوزيع، الرياض، ط ١، (١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م).

المقري: أبو عبدالله محمد بن محمد بن أحمد (ت ٧٥٨هـ).

١٦١. القواعد- تحقيق د. أحمد بن عبدالله بن حميد، نشر مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة، جامعة أم القرى.

ابن ملك: عز الدين عبداللطيف بن عبدالعزيز بن فرشتا (ت ٨٠١هـ).

١٦٢. شرح المنار، المطبعة العثمانية، (١٣١٥هـ)، اسطنبول، مع حواشيه.

المنأوي : عبد الرؤوف بن تاج العارفين (ت ١٠٣١هـ).

١٦٣. كنوز الحقائق في حديث خير الخلائق، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، (١٩٥٤م)، ط ٤ (انظر: السيوطي: الجامع الصغير).

١٦٤. التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان، نشر عالم الكتب، مصر، ط ٢، (١٤١٠هـ، ١٩٩٠م).

ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفرقي المصري (ت ٧١١هـ).

١٦٥. لسان العرب، دار صادر، بيروت.

ابن مودود الموصلي: عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (٦٨٣هـ).

١٦٦. الاختيار لتعليل المختار، مطبعة حجازي، القاهرة، مصر.

النبهاني: محمد خليفة بن حمد النبهاني (ت ١٣٦٩هـ، ١٩٥٠م).

١٦٧. النخبة النبهاية بشرح المنظومة البيقونية، طبعة المعاهد، مصر، (١٣٤٧هـ).

النجار: السيد صالح عوض محمد.

١٦٨. أثر العرف في التشريع الإسلامي، نشر دار الكتاب الجامعي، مصر، القاهرة، المطبعة العالمية بالقاهرة، (١٣٩٩هـ، ١٩٧٩م).

ابن النجار: الشيخ محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوح الحنبلي (٩٧٢هـ).

١٦٩. شرح الكوكب المنير، منشورات مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى، بتحقيق د. نزيه حماد، والدكتور محمد الزحيلي.

ابن نجيم: زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ).

١٧٠. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مطابع سجل العرب، مصر، (١٩٦٨م).

الندوي: علي أحمد (الدكتور).

١٧١. القواعد الفقهيّة - مفهوماها - نشأتها - تطوّرها، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق وبيروت، (١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م).

النشمي: عجيل (الدكتور).

١٧٢. المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامي، المطبعة العصرية، الكويت، (١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م).

النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ).

١٧٣. المجموع شرح المهذب، نشر دار الفكر، بيروت.

الوكيل: شمس الدين (الدكتور).

١٧٤. دروس في القانون.

أبن الوكيل: محمد بن مكي المعروف بابن المرحل (ت ٧١٦هـ).

١٧٥. الأشباه والنظائر بتحقيق د. أحمد بن محمد العنقري ود. عادل عبدالله الشوبخ، نشر مكتبة الرشد، الرياض، (١٤١٣هـ، ١٩٩٣م).

الولاتي: محمد بن علي (ت ١٣٣٠هـ).

١٧٦. فتح الودود على مراقبي السعود وبهامشه نبيل السول على مرتقى الوصول، تصحيح ومراجعة حفيد المؤلف، سنة ١٤١٢هـ، ١٩٩١م.

الونشريسي: أبو العباس أحمد بن يحيى (ت ٩١٤هـ).

١٧٧. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك تحقيق أحمد بو طاهر الخطابي، مطبعة فضالة - المحمدية - المغرب (١٩٨٠م).

ابن هشام: أبو محمد عبد الملك بن هشام الحميري المعافري اليعمري (ت ٢١٣هـ).

١٧٨. السيرة النبوية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط ٢، (١٩٥٥م).

أبن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الإسكندري (ت ٨٦١هـ).

١٧٩. فتح القدير، مطبعة مصطفى محمد، مصر، (١٣٥٦هـ).

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة.....	٥
تمهيد.....	١٣
المطلب الأول: معنى القواعد، وعلاقتها ببعض المصطلحات.....	١٣
أولاً: معنى القواعد.....	١٣
ثانياً: معاني بعض المصطلحات ذات الصلة بالقواعد.....	١٥
المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية بوجه عام وقاعدة (العادة محكمة) بوجه خاص.....	١٧
أولاً: أهمية القواعد الفقهية بوجه عام.....	١٧
ثانياً: أهمية قاعدة (العادة محكمة).....	٢٠

المبحث الأول

معنى قاعدة (العادة محكمة) وأهميتها

المطلب الأول: معنى العادة، وتقسيماتها، وعلاقتها بالمصطلحات المشابهة.....	٢٥
الفرع الأول: معنى العادة في اللغة والاصطلاح.....	٢٥
الفرع الثاني: تقسيمات العادة.....	٢٩
أولاً: العادات من حيث شمولها بالدليل الشرعي.....	٣٠
ثانياً: العادات من حيث الثبات والتبدل.....	٣٠
ثالثاً: العادات بحسب أصحابها، أو من تصدر عنهم وتنسب إليهم.....	٣١
الفرع الثالث: الفرق بين العادة عند الفقهاء والمصطلحات ذات العلاقة.....	٣١
أولاً: الفرق بين العادة والاستعمال.....	٣١
ثانياً: العادة عند علماء النفس.....	٣٢
المطلب الثاني: معنى العرف وتقسيماته وعلاقته بالمصطلحات المشابهة.....	٣٣
الفرع الأول: معنى العرف في اللغة والاصطلاح.....	٣٣
معنى العرف لغة.....	٣٣
معنى العرف اصطلاحاً.....	٣٤
الفرع الثاني: تقاسيم العرف.....	٣٦
أولاً: أقسامه من حيث سببه.....	٣٧

الصفحة

الموضوع

- ثانياً: أقسامه من حيث من يصدر عنه العرف ٣٩
- ثالثاً: أقسامه من حيث موافقة أو مخالفة قواعد الشريعة، أو نصوصها ٤٤
- رابعاً: أقسامه من حيث موافقته للمعنى اللغوي أو عدمها ٤٥
- خامساً: أقسامه من حيث مصدره المنشئ له ٤٧
- الفرع الثالث: الفرق بين العرف والمصطلحات ذات العلاقة ٤٩
- أولاً: الفرق بين العرف والعادة في رأي الفقهاء ٤٩
- ثانياً: الفرق بين العرف والعادة في رأي رجال القانون ٥١
- ثالثاً: الفرق بين العرف والإجماع ٥٢

المبحث الثاني

أركان القاعدة وشروطها

- المطلب الأول: أركان القاعدة ٥٧
- الفرع الأول: الركن الأول: العادات والأعراف ٥٧
- مقارنة بين رأي الفقهاء ورجال القانون ٥٩
- ما نراه في أركان العادة والعرف ٦٠
- الفرع الثاني: الركن الثاني للقاعدة، أي تحكيمها وإعمالها ٦٢
- المطلب الثاني: شروط القاعدة ٦٢
- الفرع الأول: شروط تكوين وجود العرف أو العادة ٦٣
- الفرع الثاني: شروط تطبيق القاعدة ٦٨

المبحث الثالث

أسباب نشوء الأعراف والعادات وتغيرهما

- المطلب الأول: أسباب نشوء العادات والأعراف ٨٥
- الفرع الأول: الأسباب الاضطرارية ٨٥
- الفرع الثاني: الأسباب العائدة إلى الحاجات ٨٦
- الفرع الثالث: أوامر الحاكم، أو سلطة الحكومة التقنية ٨٧
- الفرع الرابع: تقليد الآخرين ٨٨
- الفرع الخامس: الأسباب العائدة إلى الموروث عن الآباء والأجداد ٩٠

الصفحة

الموضوع

- الفرع السادس: الأحكام الشرعية..... ٩١
- المطلب الثاني: أسباب تغيير الأعراف والعادات..... ٩١
- الفرع الأول: تغيير الحاجات..... ٩١
- الفرع الثاني: أوامر الحاكم، أو سلطة الدولة التقنية..... ٩٢

المبحث الرابع

في ضوابط تكوين العادات والأعراف

- المطلب الأول: ضوابط تكوين العادة، عند الفقهاء..... ٩٧
- الفرع الأول: عادة المرأة في الحيض..... ٩٧
- الفرع الثاني: عادة تحقق الصفات المعينة التي يُردّ بها المبيع:..... ٩٩
- الصفة الأولى: الرنا..... ٩٩
- الصفة الثانية: الإباق..... ٩٩
- الصفة الثالثة: السرقة..... ٩٩
- الصفة الرابعة: البول في الفراش..... ٩٩
- الفرع الثالث: حصول التعلم في الجوارح..... ١٠٠
- أولاً: كلب الصيد..... ١٠٠
- ثانياً: البازي..... ١٠٠
- ثالثاً: الديك..... ١٠١
- رابعاً: الفهد..... ١٠١
- الفرع الرابع: القائف..... ١٠١
- الفرع الخامس: الرشد من الصبي غير البالغ..... ١٠١
- الفرع السادس: الذكورة والأنوثة في الخنثى..... ١٠٢
- الفرع السابع: الإهداء للقاضي، قبل الولاية..... ١٠٢
- الفرع الثامن: العادة في الصيام..... ١٠٢
- المطلب الثاني: ضوابط تكوين العادات، عند رجال القانون..... ١٠٣

المبحث الخامس

ما جرى به العمل في المذهب المالكي

المطلب الأول: ما جرى به العمل من الأقوال المشهورة أو الراجحة والقوية ١٠٧

المطلب الثاني: ما جرى به العمل من الأقوال الشاذة والضعيفة ١٠٩

المبحث السادس

حجية العرف والعادة

تمهيد ١١٩

المطلب الأول: عرض الأدلة ومناقشتها ١٢٠

١- القرآن ١٢٠

٢- السنة ١٢٣

٣- الإجماع ١٢٥

٤- أدلة أخرى ١٢٦

المطلب الثاني: تعقيب ونتائج ١٢٧

المبحث السابع

في مجال العرف والعادة

تمهيد في بيان المجالات ١٣٣

المطلب الأول: الأعراف والعادات التي هي أحكام شرعية ١٣٦

المطلب الثاني: الأعراف والعادات التي تبنى عليها أحكام شرعية ١٣٦

الفرع الأول: جهود العلماء في ضبط مجالات إعمال الأعراف والعادات ١٣٧

الفرع الثاني: ما نختاره في ضبط مجالات إعمال قاعدة (العادة محكمة) ١٤١

المطلب الثالث: الأعراف والعادات التي ليست أحكاماً شرعية ولا مناطاً لها ١٦٦

المبحث الثامن

تعارض العرف أو العادات مع غيرها

مقدمة ١٧١

المطلب الأول: التعارض بين العرف الاستعمالي والشرع ١٧٢

المطلب الثاني: التعارض بين العرف الاستعمالي واللغة ١٧٣

الموضوع

- المطلب الثالث: التعارض بين العادات أو الأعراف العامة والعادات ١٧٦
- المطلب الرابع: التعارض بين العادات أو الأعراف، والأصول والظواهر ١٧٧
- المطلب الخامس: التعارض بين العرف أو العادة والقياس ١٧٩
- الفرع الأول: التعارض بين العرف أو العادة، والقياس الأصولي ١٧٩
- الفرع الثاني: التعارض بين العرف والعادة والقياس بمعنى القواعد العامة أو الكليات ١٨١

المبحث التاسع

دراسة بعض القواعد المتفرعة من القاعدة

- مقدمة ١٨٩
- المطلب الأول: القواعد المرادفة، أو المشخصة لمعنى القاعدة ١٩٠
- الفرع الأول: قاعدة: استعمال الناس حجة يجب العمل بها ١٩٠
- الفرع الثاني: قاعدة: الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي ١٩٣
- المطلب الثاني: القواعد والضوابط المشخصة لمعنى القاعدة في نطاق خاص ١٩٥
- الفرع الأول: قاعدتنا المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ومثلها قاعدة المعروف بين التجار كالمشروط بينهم ١٩٥
- الفرع الثاني: قاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ١٩٧
- المطلب الثالث: القواعد والضوابط المشخصة لبعض شروط القاعدة ١٩٨
- الفرع الأول: القواعد والضوابط المشخصة لاشتراط عدم مخالفة النص الشرعي ١٩٨
- الفرع الثاني: القواعد والضوابط المرادفة لشرط أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونة ١٩٩
- الفرع الثالث: القواعد والضوابط المشخصة لشرط الاطراد ١٩٩

قاعدة

العبرة للغالب الشائع لا للنادر

- الفرع الرابع: القواعد والضوابط المشخصة لشرط المقارنة: ٢٠٤
- الفرع الخامس: القواعد والضوابط المتعلقة بشرط العموم: ٢٠٤
- المطلب الرابع: القواعد والضوابط المشخصة لئجال عمل العرف والعادة ٢٠٥
- المطلب الخامس: القواعد والضوابط الفقهيّة المشخصة للعرف في مجال التفسير ٢٠٦
- الفرع الأول: قاعدة: الكتاب كالخطاب ٢٠٧
- الفرع الثاني: قاعدة الإشارة المعهودة من الأحرس كالبيان باللسان ٢١٠

الفرع الثالث: قاعدة: الحقيقة تترك بدلالة العادة ٢١١

المبحث العاشر

قاعدة لا يُنكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان

المطلب الأول: في أهمية القاعدة ومعناها وأسباب التغيّر ٢١٧

المطلب الثاني: في تطبيق أسباب تغيّر الأحكام في الوقائع الجزئية ٢٢٢

الفرع الأول: العادات والأعراف التي ليست أحكاماً شرعية، ولا مناطاً لها ٢٢٢

الفرع الثاني: الأحكام ذات المناط المتغيّر ٢٢٦

الخاتمة ٢٣١

أصول وضوابط في قاعدة (العادة محكمة) ٢٣٥

فهرس الآيات ٢٤٣

فهرس الأحاديث ٢٤٧

فهرس المصادر والمراجع ٢٤٩

فهرس الموضوعات ٢٧١

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com